zichten. Soweit über Verbrechen gegen das Leben rechtskräftig erkannt ist, werden die verhängten Strafen gemildert. Zeitige Freiheitsstrafen werden auf die Hälfte herabgesetzt, wobei an die Stelle von Zuchthaus Gefängnis tritt. Lebenslange Zuchthausstrafe wird in 7½ Jahre Gefängnis umgewandelt. Ist bereits ein Gnadenerweis erfolgt, z. B. Todesstrafe in lebenslange Zuchthausstrafe umgewandelt, so tritt die Milderung bei der in dem Gnadenerweise festgesetzten Strafe ein. Erlittene Untersuchungshaft und verbüßte Strafhaft werden auf die durch dieses Gesetz gemilderte Strafe angerechnet, nicht — was für den Verurteilten ungünstiger wäre — auf die im Urteil oder durch einen Gnadenerweis festgesetzte Strafe. Auch hier liegt eine Unebenheit vor, die allerdings im Gesetz selbst schwerlich ausgeglichen werden konnte. Ein bei Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig abgeurteilter Mörder oder Totschläger erfährt die Strafmilderung nach § 5 des Gesetzes, falls die Tat aus politischen Beweggründen begangen ist. Bei noch anhängigen oder bei später anhängig werdenden Verfahren wegen eines auch vor dem 15. Juli 1928 begangenen Verbrechens gegen das Leben kann im Urteil auf eine entsprechend gemilderte Strafe nicht erkannt werden. Hier werden im Wege der Einzelbegnadigung Härten ausgeglichen werden müssen. Bemerkenswert ist, daß nur die im § 4 aufgeführten Verbrechen gegen das Leben (§§ 211, 212, 214 StGB.) von der Vollamnestie ausgeschlossen sind. Ein nach § 215 StGB. (Aszendententotschlag) oder nach § 1 Abs. 2 des Republikschutzgesetzes zu lebenslangem Zuchthaus oder gar zum Tode Verurteilter müßte sofort in Freiheit gesetzt werden, falls die Tat aus politischen Beweggründen begangen ist. § 6 des Gesetzes enthält Sonderbestimmungen für den Fall, daß eine Gesamtstrafe gebildet worden ist und nicht alle Straftaten, für welche die Gesamtstrafe gebildet ist, aus politischen Beweggründen begangen sind. Hingewiesen sei auch noch auf § 2 Abs. 3, wonach bei eingeleiteter Privatklage die Kosten des Verfahrens niedergeschlagen werden und ausdrücklich bestimmt wird, daß eine Erstattung der dem Beschuldigten erwachsenen Auslagen nicht stattfindet.

Wie bereits wiederholt angedeutet, ist für die Anwendbarkeit des Gesetzes Voraussetzung, daß die Tat aus politischen Beweggründen begangen ist. Eine Definition dieses Begriffes gibt das Gesetz nicht. Bei den Beratungen ist auch nicht versucht worden, eine solche Definition zu finden. Im allgemeinen dürfte nicht genügen, daß bei der Tat politische Beweggründe mit untergespielt haben, sie werden in aller Regel die überwiegenden Motive gewesen sein müssen. Die Entscheidung trifft im Streitfalle das Gericht. Versuche, derartige (rechtskräftige) Entscheidungen auf Antrag des Beschuldigten oder Verurteilten durch einen besonderen Ausschuß des Reichstages (Amnestie-Ausschuß) nachprüfen zu lassen, konnten glücklicherweise abgewehrt werden. Die Einsetzung eines solchen Ausschusses hätte das Verhältnis von Legislative und Exekutive völlig verändert und wäre der erste Schritt zur Politisierung der Justiz gewesen. Von dem Grundsatz, daß nur Straftaten, die aus politischen Beweggründen begangen sind, unter das Gesetz fallen, ist im § 1 Abs. 2 eine geringfügige Ausnahme gemacht. Hiernach werden den politischen Straftaten solche Zuwiderhandlungen gegen das MilStGB. gleichgestellt, die von Militärgerichten des Reiches oder der Länder bis zum 1. Okt. 1920 rechtskräftig abgeurteilt worden sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Straftat aus politischen Beweggründen begangen ist oder nicht. Man glaubte, daß es nachgerade an der Zeit sei, noch nicht verbüßte Strafen, die von Militärgerichten verhängt worden sind, zu erlassen. Der Stichtag v. 1. Okt. 1920 ist gewählt worden, weil mit diesem Tage die Militärjustiz aufgehört hat.

Von besonderer Bedeutung ist die Erstreckung der Reichsamnestie auch auf die Urteile der Gerichte der Länder. Letztere bestreiten fast einmütig die verfassungsmäßige Zuständigkeit des Reiches, Amnestien mit Wirkung auch für die Länder zu erlassen. Aus Art. 49 Abs. 2 RVerf., wonach Reichsamnestien eines Reichsgesetzes bedürfen, wird man allerdings die Zuständigkeit des Reiches schwerlich herleiten können, weil hier nur die Formfrage geregelt ist. Dagegen dürfte sich die Zuständigkeit des Reiches aus Art. 7 Ziff. 2 und 3 ergeben, wonach das Reich die Gesetzgebung über das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren einschließlich des Strafvollzuges hat. Jedenfalls steht nicht nur das Reichsjustizministerium, sondern auch die ganz überwiegende Mehrheit des Rechtsausschusses des Reichstages auf diesem Standpunkt. Tatsächlich ist die Amnestie von 1920 anläßlich des Kapp-Putsches in der Form eines einfachen, nicht verfassungsändernden Reichsgesetzes zugleich mit Wirkung für die Länder erlassen worden. Bayern hat allerdings dieses Gesetz auch noch als bayerisches Landesgesetz publiziert. Die Streitfrage ist jedoch auch bei Gelegenheit dieses Amnestiegesetzes nicht entschieden worden. Die neue Reichsregierung wollte es vermeiden, alsbald nach ihrem Antritt aus Anlaß des Amnestiegesetzes die Länder zu verstimmen und den Gegensatz von Unitarismus und Föderalismus in die Erscheinung treten zu lassen. Es wurde daher wie bei der sogenannten „Hindenburg-Amnestie" von 1925 versucht, die Länder zu bestimmen, für ihren Bereich gleichlautende Amnestien zu erlassen, obobwohl gegen diesen Weg starke Bedenken sprachen, denn der höchst unerfreuliche politische Kampf, wie er sich im Reichstage abgespielt hat, hätte sich in 17 Länderparlamenten mehr oder minder wiederholt, ganz abgesehen davon, daß das Gegenteil einer einheitlichen Aktion erreicht worden wäre, da sich die Länderparlamente zum allergrößten Teil bis zum Spätherbst oder gar bis Anfang nächsten Jahres vertagt hatten. Die Antworten der Länder lauteten verschieden. Ein Teil erklärte sich bereit, die geplante Reichsamnestie unverändert zu übernehmen, ein anderer Teil wollte sie nur mit Änderungen erlassen, ein dritter stand der Amnestie ganz ablehnend gegenüber, und einige Länder wünschten eine Reichsamnestie zugleich auch mit Wirkung für die Länder. Bei dieser Buntscheckigkeit der Ansichten blieb nichts anderes übrig, als die Amnestie zugleich auch auf die Länder zu erstrecken. Um hierbei die Empfindungen der Länder zu schonen und deren Rechtsstandpunkt zu respektieren, ohne ihn allerdings anzuerkennen, wurde „zur Vermeidung von Zweifeln" der Weg eines verfassungsändernden Gesetzes gewählt. Der Reichsrat erhob keinen Einspruch. Das Gesetz ist am 15. Juli 1928 in Kraft getreten.

Das neue Schußwaffenrecht.

Von Ministerialrat Dr. Hoche, Berlin.

Das Gesetz tritt am 1. Okt. d. J. in Kraft. Der Erlaß dieses Gesetzes und sein Inhalt sind bisher in der juristischen Öffentlichkeit verhältnismäßig wenig beachtet worden. Dabei ist dieses Gesetz nicht nur von erheblicher wirtschaftlicher und politischer Tragweite. Es hat vom Rechtsstandpunkte aus gesehen eine besondere Bedeutung auch dadurch, daß es auf einem Rechtsgebiete, auf dem bisher völlig zersplitterte und unübersichtliche Vorschriften galten, einheitliches Recht für das ganze Reichsgebiet geschaffen hat. Dieses Rechtsgebiet ist gewiß ein Spezialgebiet, aber ein solches, das die ganze Öffentlichkeit angeht. Immer wieder haben Fälle, in denen durch verbrecherischen oder leichtsinnigen Mißbrauch von Schußwaffen namenloses Unheil angerichtet worden ist, die Öffentlichkeit erregt und zu dem Verlangen nach Erschwerung des Bezuges von Waffen geführt. Die bisherige gesetzliche Regelung des Verkehrs mit Schußwaffen hat sich trotz erheblicher Strafdrohungen offenbar nicht als ausreichend erwiesen. Die Vorschriften waren vielfach unbekannt, in ihrer Tragweite zweifelhaft und mehr oder weniger Gelegenheitsgesetze, die einzelne Fragen regelten, ohne das Ganze zu erfassen. Für die gerichtliche Praxis am wichtigsten war die VO. des Rates der Volksbeauftragten über Waffenbesitz v. 13. Jan. 1919 (RGBl. 31), die grundsätzlich zwar den Besitz von Schußwaffen verbot, aber die Länder zur Festsetzung von Aus-

Frist von 5 Jahren sowie Personen, gegen die auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht oder auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt ist, während der Dauer dieser Nebenstrafen (§ 17 Abs. 1 i. Verb. mit § 16 Abs. 1 Nr. 1—5). In einzelnen von diesen Fällen, insbes. auch bei Jugendlichen, können auf Antrag Ausnahmen bewilligt werden. Weitere Besitzverbote enthalten § 18 Abs. 2, § 24.

Wenn das Gesetz somit grundsätzlich den Besitz von Schußwaffen und Munition freigegeben hat, so bedurfte es zur Erreichung seiner Zwecke um so schärferer Kontrolle des Erwerbes dieser Gegenstände. Grundlegend ist hier § 10 Abs. 1:

„Schußwaffen oder Munition dürfen nur gegen Aushändigung eines behördlich ausgestellten Waffen- oder Munitionserwerbscheins überlassen oder erworben werden."

Das Gesetz unterwirft also jedes, auch das nichtgewerbsmäßige Überlassen von Schußwaffen und Munition der behördlichen Kontrolle, die durch Ausstellung eines Erwerbscheins ausgeübt wird. Voraussetzung der Ausstellung ist, daß gegen die Zuverlässigkeit des Antragstellers keine Bedenken bestehen (Einzelheiten vgl. § 16). Ein Bedürfnis zum Erwerbe braucht nicht nachgewiesen zu werden.

Der Ausdruck, den der Grundgedanke des Gesetzes im § 10 Abs. 1 gefunden hat, ist nicht frei von Zweifeln. Zu solchen gibt schon der Ausdruck „Überlassen" Veranlassung. Nach der Begründung zu § 10 ist darunter sowohl die Übertragung des Eigentums als auch die Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes von Schußwaffen und Munition zu verstehen. Diese Begriffsbestimmung entspricht dem polizeilichen Zwecke der Vorschrift, die im Hinblick auf die sich aus dem bloßen Besitz von Schußwaffen ergebenden Gefahren nicht nur eine Änderung der Eigentumsverhältnisse, sondern auch jede Änderung des Besitzes kontrollieren will. Nicht ohne weiteres aus dem Ausdruck „Überlassen", wohl aber aus dem in der Begründung zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers folgt, daß ein Überlassen an einen Besitzdiener, da es keine Besitzübertragung ist, kein „Überlassen" im Sinne des § 10 ist. Eine andere Auslegung würde zu einer durch die Zwecke des Gesetzes nicht geforderten Überspannung des Erwerbscheinzwanges führen. Kein Überlassen im Sinne des § 10 ist ferner die Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn mit ihr nicht gleichzeitig das Eigentum (§ 931 BGB.) oder der mittelbare Besitz (§ 870 BGB.) übertragen wird.

Neben dem Überlassen führt § 10 Abs. 1 das „Erwerben" auf. Das Erwerben bezeichnet dasselbe dingliche Geschäft wie das Überlassen, nur von der Seite des Erwerbers aus gesehen. Die Aufführung dieses Begriffes neben dem Überlassen dient der Klarstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit: Beide Teile machen sich strafbar, wenn sie ohne Aushändigung eines Erwerbscheins überlassen oder erwerben. Ein Erwerben, dem kein Überlassen gegenübersteht, also ein Erwerb durch einseitiges Rechtsgeschäft (Eigentumserwerb des Finders, Aneignung einer herrenlosen Waffe), fällt nicht unter den Erwerbscheinzwang, da dieser nur für zweiseitige Rechtsgeschäfte ausgestaltet ist. Durch ausdrückliche Bestimmung (§ 14) ist der Erwerb von Todes wegen für anzeigepflichtig erklärt.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen sind Ausnahmen von dem Erwerbscheinzwange für die im § 10 Abs. 3 bezeichneten Geschäfte und für die im §§ 11, 19 bezeichneten Behörden und Personen geschaffen. Durch die AusfVO. (§ 12 Abs. 2) ist ferner die Munition von dem Erwerbscheinzwange freigestellt, soweit es sich nicht um Patronen mit Mantelgeschoß oder um Kugelpatronen für Faustfeuerwaffen handelt.

Der Erleichterung des Verkehrs dient ferner die Möglichkeit des Ersatzes des Waffenerwerbscheins durch den (zum Führen von Schußwaffen berechtigenden) Waffenschein (§ 12), des Munitionserwerbscheins durch den Waffenerwerbschein oder Waffenschein (§ 13) sowie beider Erwerbscheine durch den Jahresjagdschein eines deutschen Landes nach Maßgabe des § 21 Abs. 1.

Neben der Kontrolle des Erwerbes steht als zweite hauptsächliche Sicherungsmaßnahme des Gesetzes die Kontrolle des Führens von Schußwaffen in der Öffentlichkeit. Wer außerhalb seiner Wohnung, seiner Geschäftsräume oder seines befriedeten Besitztums eine Schußwaffe führt, muß eine behördlich ausgestellten Erlaubnisschein (Waffenschein) bei sich tragen (§ 15). Voraussetzung der Ausstellung des Waffenscheins ist, daß gegen die Zuverlässigkeit des Antragstellers keine Bedenken bestehen und daß ein Bedürfnis für das Führen einer Schußwaffe nachgewiesen wird. Die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Waffenscheins sind also strenger als die für die Ausstellung eines Waffenerwerbscheins oder Munitionserwerbscheins. Mit Recht. Denn die Prüfung kann in den Fällen milder sein, in denen der Erwerber die Waffe lediglich innerhalb seiner Wohnung usw., z. B. zum Schutze gegen Einbrecher, benutzen will. Sie muß dagegen im Interesse der öffentlichen Ordnung strenger sein, wenn der Erwerber die Waffe außerhalb dieser Örtlichkeiten benutzen will. Das Gesetz will erreichen, daß nur in Ausnahmefällen, nämlich bei nachgewiesenem Bedürfnis, jemand außerhalb seiner Wohnung usw. eine Waffe bei sich trägt.

Eine wichtige Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand stellt die Möglichkeit dar, den Waffenschein mit Gültigkeit für das Reichsgebiet auszustellen. Seine Geltungsdauer beträgt regelmäßig ein Jahr.

Ausnahmen von dem Waffenscheinzwange bestehen für die im § 19 bezeichneten Personen (Angehörige der Wehrmacht, Polizeibeamte usw.) sowie für die Jäger. Der Jagdschein eines deutschen Landes berechtigt im gesamten Reichsgebiete während der Dauer seiner Gültigkeit den Inhaber zum Führen von Jagdwaffen und einer Faustfeuerwaffe auf der Jagd, beim Jagdschutz und Übungsschießen sowie auf den dazugehörigen Hin- und Rückwegen.

Die Durchführung des Gesetzes sichern Strafbestimmungen. Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz sind als Vergehen (§ 25), Zuwiderhandlungen gegen die AusfVO. als Übertretungen, jedoch bei zweimaligem Rückfall gleichfalls als Vergehen (§ 27) charakterisiert. Bemerkenswert ist die Strafdrohung gegen den, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, zu verhindern, daß eine zu seiner Hausgemeinschaft gehörige und seiner Aufsicht oder Erziehung unterliegende Person unter 20 Jahren den Vorschriften des Gesetzes zuwiderhandelt (§ 26).

Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen?

(Der „Fall Maurizius" und das Reichsgericht.)

Von Rechtsanwalt Dr. G. v. Scanzoni, München.

> „Man kann der Justiz nicht oft genug sagen, wie sehr sie der Gefahr des Irrtums ausgesetzt ist".
> v. Holtzendorff.

* Die Verurteilung eines Unschuldigen ist nach einem Wort La Bruyères eine Angelegenheit aller anständigen Menschen. Furchtbar ist es, sich in die Seele eines Menschen hinein zu denken, der schuldlos angeklagt ist und schuldlos verurteilt wird. Die knirschende oder gebrochene Wehrlosigkeit des vom Unrecht eines Richterspruches Vergewaltigten gehört zu den erschütterndsten Dingen menschlichen Erlebens. Der moralische Schmerz über erlittenes Unrecht ist schlimmer als jeder körperliche Schmerz. Und niemand kann sagen, daß er gegen solches Schicksal gefeit ist. Furchtbar und vielfältig sind die Gefahren, die Irrwege des Verdachtes. Das Wort schon — „Verdacht" — hat etwas grausig Lauerndes, Feindseliges, Mitleidloses und im Nu spinnt er sich seine ekeln Fäden zu einem engmaschigen Netz, aus dem es nur allzu oft kein Entrinnen mehr gibt. Über die Tragödien falscher und doch scheinbar so lückenloser Indizbeweise ließen sich Bände

nach dem Standpunkt des RG. mit der „Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis“ zu trösten, so habt ihr den Untergang der Gerechtigkeit.

Der Strafrichter dreht nicht mechanisch den Zeiger an der Urteils-Uhr. Er richtet nicht — wie in den Sportkämpfen oft „nach Punkten“ entschieden wird — nach den „Graden der Wahrscheinlichkeit“. Er ist Mensch aus Fleisch und Blut. Er ist Mensch, der sich sein Urteil „bildet“, der aus den von Staatsanwalt und Verteidiger geführten Beweisen, aus tausend kleinen Zügen all der agierenden Menschlein, die vor ihm auftreten, die stammeln, beteuern, bezichtigen, die weinend gestehen, die zittern oder wüten, schreien und schwören, mehr und mehr eine bestimmte „Vorstellung“ sich zusammenbaut. Diesen schöpferischen Akt des Strafrichters übersieht das RG. in der mehrerwähnten Entscheidung. Es übersieht, daß der Strafrichter nicht einfach bewiesene Tatsachen seziert und schließlich daraus die „hohe Wahrscheinlichkeit“ als Schuldig oder Nichtschuldig mit der Pinzette herausholt, sondern daß er seine Überzeugung — wie es im Gesetzestext wohl nicht ohne Absicht heißt — aus dem Inbegriff der Verhandlung „schöpft“, daß seine Vorstellung die Tat nachschafft. Denn der Strafrichter wird stets — nachdem er die Beweise aufgenommen hat — nicht einfach Bewiesenes als Ergebnis feststellen, sondern untersuchen, prüfen, überlegen; er wird eine persönliche Beziehung zu dem Gehörten und Geschehenen herstellen; es wird zu „Eindrücken“ in ihm kommen, oder (wie Kant in der „Kritik der reinen Vernunft“ sagt) zu einem „Zustand des Gemütes, in welchem wir uns zuerst anschicken, um die subjektiven Bedingungen ausfindig zu machen, unter denen wir zu Begriffen gelangen können“. Und nur dann, wenn den Strafrichter subjektiv kein Zweifel nach irgendeiner bestimmten Richtung hin in der Überzeugung wanken macht, darf er das gegenüber seinem Mitmenschen so über alle Maßen verantwortungsvolle Wort „Schuldig“ sprechen und sich vermessen, im Namen des Staates diesem Mitmenschen Ehre, Freiheit, Leben, die höchsten menschlichen Güter „zur Strafe“ wegzunehmen.

Die Verurteilung eines Unschuldigen — so schrieb ich in der Einleitung — ist eine Angelegenheit aller anständigen Menschen, eine Angelegenheit, die uns alle angeht; denn wir müssen alle tief innerst fühlen und leiden, was es um eines Menschen Herz ist, der unschuldig verurteilt wird. Wie viele Große unter den Dichtern — ich nenne nur Zola und Voltaire! — haben aus ihrer Traumwelt herüber in die lebendige Wirklichkeit gegriffen, um mit der Gewalt ihrer Sprache für unschuldig Verurteilte einzutreten. Und der großartigste und erschütterndste Fall der Verurteilung eines Unschuldigen — großartig, weil er die ganze Welt bewegte! — ist die Geschichte vom Leiden und Sterben Jesu Christi.

Gott selbst haben die Menschen unschuldig zum Tode verurteilt. Sie haben den Zimmermannssohn des Hochverrats schuldig erkannt und ans Kreuz genagelt.

So lebt das Problem vom „Irrtum des Strafrichters“ grauenhaft und aufwühlend schon seit Jahrtausenden in unseren großen christlichen Religionen — der innerste Kristallisationspunkt des Mysteriums von der Erlösung der Menschheit — Gottheit und Recht in Verschmelzung und geheiligter Einheit: Gott stirbt am Untergang der Gerechtigkeit!

Pontius Pilatus, der Richter, zweifelt und er verurteilt trotz seiner Zweifel!

Es ist kein Zufall, daß Jesus Christus als schwerstes menschliches Leid das Kreuz des unschuldig Verurteilten zur Richtstätte trug; daß er, der Göttliche, in der Beugung des Rechtes, im Aburteilen des Schuldlosen ein Leid sieht, darüber hinaus größeres Leid nicht mehr ist, ein Leid, das selbst den Schultern eines Gottes zu schwer ist, unter dessen Last selbst der Gottessohn Jesus Christus immer wieder auf dem Wege zur Hinrichtung zusammenbricht. Wahrheit oder Gleichnis — wie ihr's auch faßt — welch tiefer Sinn leuchtet darin! Jesus wollte das schwerste Unglück, die schwerste Seelennot auf sich nehmen, die es für ein menschliches Herz zu tragen gibt —: da nahm er es auf sich, unschuldig verurteilt den Tod des Verbrechers zu erleiden. Und in jedem Falle seit nahezu 2000 Jahren, in jedem Falle, da ein Unschuldiger vom Strafrichter schuldig gesprochen wird, wacht immer wieder von neuem die Tragödie Jesu Christi auf, leidet ein Mensch im Namen des beleidigten „Rechtes“ jene Qualen, die nach christlichem Glauben dem Schöpfer groß genug waren, alle Sünden der Menschen aufzuwiegen und durch sie die Welt von ihren Sünden zu erlösen.

„Unschuldig verurteilt“ — ist es nicht fürchterlichster Aufschrei seelisch gemarterter Kreatur! Wer „mitleiden“ kann unter uns und wer zu erfassen vermag, wie jeden von uns gleiche Gefahr eines falschen Verdachtes täglich und stündlich umlauert, der wird spüren, daß ich hier an ein Problem von ungeheuerer Bedeutung rühre; die Frage, unter welchen Mindestbedingungen geistiger und seelischer Einstellung der Strafrichter sein Schuldig sprechen darf; die Frage, ob der Strafrichter verurteilen darf, wenn er irgendwelche — noch so leise — Zweifel an der Schuld des Angekl. hat.

Es ist tief zu bedauern, daß das RG. gerade in jüngster Zeit die Grenzen der strafrichterlichen Überzeugung gelockert und einen bestimmten Grad von „Wahrscheinlichkeit“ für den Schuldspruch als ausreichend erklärt hat. Bücher wie „Der Fall Maurizius“ sind die begreifliche Gegenwehr der deutschen Geisteswelt gegen solche Grundsätze. Auch das Buch von Schiffer: „Die deutsche Justiz,“ das von der akuten Vertrauenskrise gegenüber den Richtern handelt, gehört hierher. Denn das Vertrauen zum Strafrichter wird nicht zunehmen im Volke, wenn er auf die „Wahrscheinlichkeit“ einer Schuld hin schuldig spricht. Man braucht sich nur den Fall zu denken, daß es etwa in einem Mordprozeß um den Kopf des Angekl. geht, um sofort zu erkennen, daß der Satz des RG., „wie es allgemein im Verkehr sei, so müsse auch der Richter sich mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen,“ eine Unmöglichkeit darstellt. Nicht um die Wahrscheinlichkeit geht es beim Schuldspruch des Strafrichters, sondern um seine von letzten Zweifeln befreite Überzeugung. Mag er sich auch bewußt sein, daß es — streng philosophisch gesehen — kein absolut sicheres Wissen gibt und daß die erhobenen Beweise objektiv einer hundertprozentigen Schlüssigkeit entbehren. Subjektiv darf er nicht den oder jenen bestimmen (wie RGSt. 61, 206) Zweifel haben. Sonst darf er nicht schuldig sprechen. An Stelle der folgenschweren Entscheidung des RG., die Ehre, Freiheit, Leben eines Angekl. von Wahrscheinlichkeitsgraden abhängig macht, möchte ich allen, die richten, Sellos Mahnung zurufen: Seid jeden Augenblick der unschuldigen Opfer eingedenk, die — so lange Menschen über Menschen unter gesetzlichen Formen richten — der Irrtum auf dem Richterstuhle gefordert hat!

Zum Strafgesetzentwurf.

Lücken und Überflüssiges im Strafgesetzentwurf.

Von Generalstaatsanwalt Dr. Lang, Hamburg.

Die Beratungen des Reichstagsausschusses über den Entwurf eines Strafgesetzbuches sind im Hinblick auf die Auflösung des Reichstags unterbrochen worden, nachdem der Ausschuß in erster Lesung den Allgemeinen Teil des I. Buches und Abschnitt VII und XI bis XV des Besonderen Teils erledigt hatte. Das Überleitungsgesetz aber ermöglicht es, daß der Ausschuß alsbald nach dem Zusammentritt des neuen Reichstags seine Beratungen wieder aufnimmt. Es ist zu hoffen, daß in der Wahlperiode dieses neuen Reichstags die Neugestaltung des Strafgesetzbuchs gelingen wird. Die Reform befindet sich demnach in einem Stadium, das es nicht zu spät erscheinen läßt, zu einzelnen Fragen des Entwurfs Stellung zu nehmen. Ich möchte diese Fragen in zwei Gruppen teilen; einmal: enthält der Strafgesetzentwurf Lücken, d. h., erscheint es wünschenswert und möglich, daß Tatbestände, die der Entwurf nicht enthält, in diesen eingearbeitet werden? Und dann: enthält der Entwurf Überflüssiges, d. h., enthält er Vorschriften, deren Wegfall aus dem Entwurf wünschenswert und möglich wäre?

Was die erste Gruppe anlangt, so muß m. E. ein all-

gemeines Strafgesetzbuch auch möglichst alle strafrechtlichen Bestimmungen zusammenfassen, soweit sie nicht mit Bestimmungen zivil- und öffentlich-rechtlicher Natur untrennbar in einem Gesetz verbunden sind. Man fragt sich daher vergebens, warum nicht das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juni 1914 mit in das Strafgesetzbuch eingearbeitet ist; ebenso das Gesetz betreffend Entziehung elektrischer Arbeit v. 9. April 1900. Die Begründung zum Entwurf sagt, dieses Gesetz solle deshalb sein eigenes Dasein fortführen, „weil die Möglichkeiten der Verwendung elektrischer Arbeit ständigen Änderungen unterworfen sind. Das auf die Dauer berechnete Strafgesetzbuch würde durch eine solche Einarbeitung mit Vorschriften belastet, die mit den technischen Fortschritten fortlaufend in Einklang gebracht werden müßten". Diese Begründung ist nicht überzeugend; einmal besteht dieses Gesetz schon seit 28 Jahren unverändert, obwohl in der Zwischenzeit auf dem Gebiete der Elektrotechnik epochemachende Fortschritte zu verzeichnen sind; andererseits wird das Strafgesetzbuch auch im übrigen mit dem Fortschreiten der Technik auf anderen Gebieten fortlaufend in Einklang zu halten sein. Auch die strafrechtlichen Vorschriften aus der Konkursordnung könnten ohne Schwierigkeiten in das Strafgesetzbuch eingearbeitet werden, ihr Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen der Konkursordnung ist nicht derart, daß eine Lösung nicht tunlich und möglich wäre.

Als eine bedeutsame Lücke im Strafgesetzentwurf wird es gerade in neuerer Zeit von Arbeitnehmerseite bezeichnet, daß der Entwurf, ebenso wie das geltende Strafgesetz, zwar ausgiebigen Schutz dem Eigentum und dem Vermögen zuteil werden läßt, die Arbeitskraft aber, das einzige Vermögensgut der Besitzlosen strafrechtlich zu wenig schützt. Die Fragen, die Senatspräsident Niedner bereits 1919 in großen Zügen behandelt hat, hat neuerdings Prof. Radbruch, sowohl bei Aschrott-Kohlrausch, „Reform des Strafrechts", wie auch in der Zeitschrift „Die Justiz" Jahrg. 1927 S. 574 ff. erörtert. In der Tat scheint es geboten, den sittlichen und sozialen Anschauungen unserer Zeit entsprechend der Arbeitskraft, diesem wichtigsten, teuersten Gute unseres verarmten Volkes, den in der Reichsverfassung, Art. 157, verheißenen besonderen Schutz auch strafrechtlich sicherzustellen. Mit Recht fragt Radbruch, ob denn nicht die Drohung, jemand brotlos zu machen, gerade in der jetzigen Zeit eine besonders gefährliche Drohung sei. Auch seine Vorschläge, in die Ehrennötigung (§ 280 des Entwurfs) die Drohung mit der Entziehung der Dienst- und Arbeitsstelle aufzunehmen, als schwere Körperverletzung auch die dauernde oder langdauernde Zerstörung oder Verminderung der Arbeitskraft oder Berufsfähigkeit anzusehen, ferner die unsittliche — nicht nur in geschlechtlicher Beziehung — Ausbeutung der durch ein Dienst- und Arbeitsverhältnis begründeten Abhängigkeit eines anderen unter Strafe zu stellen, dürften erwägenswerte Verbesserungen unseres Strafrechts enthalten; die Einarbeitung dieser Vorschläge in den Entwurf dürfte gesetzestechnische Schwierigkeiten kaum bereiten.

Bedeutsamer ist die Gruppe derjenigen Vorschriften, deren Existenzberechtigung zweifelhaft erscheint. Vereinheitlichung und Zusammenlegung erscheint mir in manchen Fällen möglich und geboten. Eine wesentliche Entlastung würde unser Strafgesetz erfahren, wenn, wie im österreichischen Entwurf, das ganze II. Buch, das von den Übertretungen handelt, aus dem Strafgesetzbuch herausgenommen würde. Lappalien, die nichts anderes, als Ordnungswidrigkeiten, polizeiliches Unrecht darstellen, gehören nicht in das Strafgesetzbuch. Die Herausnahme würde dann sicher auch, wie in Österreich, die weitere sehr erstrebenswerte Möglichkeit geben, daß diese nicht kriminellen Gesetzeswidrigkeiten auch prozessual in einem einfacheren und schnelleren Verfahren erledigt würden. Ebenso scheint es mir nicht geboten, daß das sogenannte gemeinschädliche Verhalten (36. Abschnitt des I. Buches Besonderer Teil des Entwurfs) mit kriminellen Strafen bedroht wird. Es handelt sich hier um Bettler, Landstreicher und unter gewissen Voraussetzungen um Prostituierte, in der Überzahl haltlose Psychopathen, und nicht kriminelle Elemente, die unter dem Gesichtspunkt der Sicherung und der Fürsorge in Bewahrungsanstalten und nicht in Strafanstalten untergebracht werden sollten.

Ein schwieriges Kapitel ist die Regelung der Notwehr und des Notstandes. Der Reichstagsausschuß hat zwar die Begriffsbestimmung der Notwehr, wie sie in § 53 des geltenden Strafgesetzbuchs enthalten ist, im Entwurf wieder hergestellt, die ziemlich umständliche Regelung des Notstandes aber im § 25 des Entwurfs beibehalten. Mir scheint, daß hierbei RGSt. 61, 242 nicht genügend berücksichtigt worden ist. Das RG. hat den sicher auch für die Zukunft geltenden, der Gesamtheit des geltenden Rechts entnommenen Rechtsgedanken wie folgt formuliert: „Wenn eine den Tatbestand einer Straftat erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder verboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder -pflichten zu entnehmen." In Anwendung dieses Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung dürfte die Unterscheidung gewisser Notstandshandlungen nach Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit, wie im Entwurf geschehen, nicht aufrechterhalten werden können.

Eine andere Frage ist, ob es notwendig ist, die verschiedenen Arten der Teilnahme an einem Delikt, Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe, wie bisher beizubehalten und im Gesetz besonders zu definieren. Die unterschiedliche Gestaltung der verschiedenen Teilnahmeformen könnte m. E. durchaus entbehrt werden, es wäre unter Strafe zu stellen jeder, der unmittelbar oder mittelbar an der Begehung einer strafbaren Handlung schuldhaft mitwirkt. Die höhere oder mindere Schuld der Beteiligten könnte im Einzelfall unschwer durch die Bemessung der Strafe berücksichtigt werden. Zahllose Streitfragen würden damit ohne weiteres aus der Welt geschafft, viele Urteile brauchten von höheren Instanzen nicht aufgehoben zu werden. Man hat es ja auch nicht für nötig gehalten, die Mittäterschaft und die mittelbare Mittäterschaft gesetzlich zu definieren. Die Frage der fahrlässigen Anstiftung, der fahrlässigen Beihilfe, der fahrlässigen Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft bleibt nach wie vor der Lösung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Eine gesetzliche Regelung, wie ich sie vorgeschlagen habe, würde keine Schwierigkeiten bedeuten; sie würde sich durch leichte Verständlichkeit auszeichnen.

Daß zahlreiche von den vielen im Besonderen Teil geregelten Tatbeständen hinsichtlich ihrer Existenzberechtigung sehr umstritten sind, bedarf keiner besonderen Betonung. Es sollen nur einige wenige herausgegriffen und kurz erörtert werden. Es sind da zwei Tatbestände in unserem Strafrecht, gewissermaßen empfindliche Stellen, die wohl einer Prüfung würdig sind, ob ihre Aufrechterhaltung unserer sittlichen und kulturellen Anschauung entspricht. Es ist die Frage, ob und inwieweit die Strafbarkeit des Ehebruchs und die Strafbarkeit der Abtreibung der Leibesfrucht beibehalten werden soll. Von den Verfehlungen eines Ehegatten gegen die durch die Ehe begründeten Bedingungen und Pflichten auf sexuellem Gebiet hat der Gesetzgeber den Ehebruch nicht nur zu einem absoluten Ehescheidungsgrund gestaltet, sondern auch noch unter kriminelle Strafe gestellt. Es kann wohl nicht geleugnet werden, daß es neben Ehebruch noch anders geartete Verfehlungen eines Ehegatten auf geschlechtlichem Gebiete geben kann und gibt, die mehr noch als ein Ehebruch geeignet sind, die Ehe zu zerstören, das Empfinden des anderen Ehegatten zu verletzen und die Mißbilligung der Allgemeinheit auszulösen. Es kommt hinzu, daß im geltenden wie im künftigen Strafrecht der Ehebruch nur auf Antrag oder auf Verlangen verfolgt werden soll. Das Genugtuungs- oder besser gesagt, das Rachebedürfnis des anderen Ehegatten ist von Gesetzes wegen das ausschlaggebende Moment für die Strafbarkeit des Ehebruchs. Zu welchen Zwecken dieses Antragsrecht mißbraucht werden kann und wird, braucht nicht dargelegt zu werden. Will man die sittlichen und rechtlichen Anschauungen auf diesem Gebiete erkennen, so ist es lehrreich, einen Blick in die Statistik zu tun. Eine Statistik darüber, wie viele Ehen im Deutschen Reiche in den einzelnen Jahren wegen Ehebruchs geschieden worden sind, steht mir nicht zur Verfügung. Statistisch aber steht folgendes fest: Verurteilt wegen Ehebruchs wurden i. J. 1923 im ganzen Reiche 316 Personen, i. J. 1924 358 und i. J. 1925 382 Personen. Diese Zahlen werden regelmäßig durch zwei zu teilen sein,

gerade der Praktiker spürt, ein großer Wurf. Zwei Grundgedanken sind beherrschend; sie sind in wenigen Paragraphen in knappe Rechtssätze gegossen. Der eine ist die Staatsaufsicht. Der Aufsichtsbehörde (RWM., REM.) sind eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten gegeben (§§ 4—7, 10, 17). Demgegenüber stehen die §§ 8 und 9, die dem Ziele dienen, die widerstreitenden Privatinteressen gegeneinander auszuspielen und so indirekt der Überspannung des Organisationszwanges zu begegnen. § 8 gibt das fristlose Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde, § 9 sieht einen Genehmigungszwang gegenüber innerem und äußerem Organisationszwang vor.

Für das so geschaffene Sondergebiet ist in der Hauptsache — nicht durchweg — als neues Sondergebiet das KartG. zuständig[2]). Verwaltungsmäßig dem RWG. angegliedert, in Personalangelegenheiten dem RWM. unterstellt, ist es teils mit ständigen Richtern, die **nicht** die richterliche Unabhängigkeit genießen, teils mit Sachverständigen besetzt, die aus Listen entnommen werden, die der RWM. zusammenstellt. Das KartG. entscheidet in erster und einziger Instanz; selbst ein Wiederaufnahmverfahren ist nach der Ansicht des KartG. (Bescheid des Vors. v. 15. Febr. 1924) unzulässig (daher das böse Schlagwort: „Das KartG. ein Standgericht"). Die Ansätze zu einem Instanzenaufbau (durch Entsch. des Vors., vgl. §§ 9 und 13) sind in der Praxis verkümmert. Schon diese kurzen Andeutungen zeigen die schwerwiegenden Bedenken gegen die jetzige Regelung.

Im Folgenden soll ein Überblick über einige der Hauptfragen gegeben werden, die während der fast vierjährigen Geltung der KartVO. entstanden sind. Er mag auch dazu dienen, eine Stellungnahme zu den Reformplänen zu ermöglichen.

I. Der Kartellbegriff.

Die Begriffsbestimmung des § 1 ist nur für den Kartellteil der VO. (§§ 1—9 und 17) maßgebend. Daher gilt insbes. der Genehmigungszwang des § 9 nur für Sperren, die von einem Kartell verhängt werden, nicht für Maßnahmen mit ähnlicher Wirkung, die von einem monopolistischen Einzelunternehmen oder einem Trust ausgehen.

Streitig ist auch heute noch, ob zum Kartellbegriff i. S. des § 1, entsprechend der **Liefmannschen** Definition, die Monopoltendenz oder wenigstens die Tendenz der Marktbeeinflussung gehört. Von volkswirtschaftlicher Seite hat sich hiergegen neuerdings von **Beckerath** in einem viel beachteten Aufsatz über den „Inhaltswandel des Kartellbegriffs" (Wirtschaftsdienst Nr. 30 von 1927) gewandt. Er definiert die Kartelle als „Verbände selbständig bleibender Unternehmer einer Branche zum Zwecke der Regulierung der Produktion und des Marktes" und erhofft daraus eine verständnisvollere Beurteilung der produktionsfördernden Aufgaben der Kartelle und die Erkenntnis der Notwendigkeit der normalen Organisationsmaßnahmen, die dem Wesen unserer heutigen, nicht mehr freien, sondern im wesentlichen gebundenen Wirtschaft entsprechen.

Das KartG. hat in ständiger Rspr. (vgl. die Grenzfälle der Interessengemeinschaft der Hefefabriken, der Wirtschaftlichen Vereinigung der Gaswerke und der Teerverwertungs-GmbH.: KartRundsch. 1925, 84, 344; 1927, 561) die Frage grundsätzlich dahingestellt gelassen, aber jedesmal im Einzelfalle das Vorliegen der monopolistischen Tendenz bejaht. Das RG. (E. ZS. v. 1. Dez. 1925: KartRundsch. 1926, 100) erklärt das Merkmal der Marktbeeinflussung für wesentlich; anders der 2. ZS. in der Entsch. im Hageda-Fall (v. 9. Juli 1926: KartRundsch. 1926, 466; RG. 114, 262; JW. 1926, 2912[15] mit Anmerkung **Friedländer**). Hier handelte es sich um die Vereinbarungen von nur zwei Firmen! In der Entsch. im Linoleumfall (RG. v. 9. Jan. 1926: KartRundsch. 1928, 152) bestätigte der 2. ZS., daß das zum Kartellbegriff ausreiche.

Am meisten umstritten ist der Fall der Teerverwertungs-GmbH. (s. o. und JW. 1927, 3029 mit Anm. **Holländer**, der dem KartG. zustimmt, ebenso **Tschierschky**: KartRundsch. 1927, System Heft 11, a. A. namentlich **Flechtheim**: JW. 1928, 258, KartRundsch. 1928, 8, vgl. auch **Friedländer**, Konzernrecht S. 263).

[2]) Über die Tätigkeit des KartG. bis Anfang 1927 unterrichtet die dem RT. vorgelegte Kartelldenkschrift (RTDrucks. 1924 bis 1927 Nr. 3060).

Die Frage des Kartellcharakters ist für ähnliche Verarbeitungsgemeinschaften von größter Bedeutung. Das Gespenst einer fristlosen Kündigung, zumal bei dem jetzigen Fehlen weiterer Instanzen gefährdet solche volkswirtschaftlich außerordentlich bedeutsamen Zusammenschlüsse, in denen erhebliche Kapitalien investiert sind. Die Frage ist auch für die Genossenschaften ähnlichen Charakters wichtig.

Als Kartellverträge i. S. des § 1 sind auch Verträge zwischen verschiedenen Kartellen (namentlich Gegenseitigkeits-, Exklusivverträge) zu betrachten, nicht dagegen die allenthalben zur Bindung des Absatzes angewandten sog. Reversverträge. Dies sind Rahmenverträge, die die Unterwerfung unter die jeweils von Fabrikantenseite festgesetzten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, ferner Vertragsstrafen, Schiedsgerichtsklauseln, enthalten. (Gegen den Kartellcharakter dieser Reversverträge mit Recht **Isay**, KartRundsch. 1927, 98 ff.; **Blum** ebenda S. 383 ff.; a. A. **Breslauer-Tschierschky**, System 1927.) Die Frage wird praktisch, wenn der Revers von einem Einzelunternehmen ausgestellt ist. Weder § 8 noch § 9 sind hier anwendbar, wohl aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen § 10.

II. Die Staatsaufsicht (§§ 4—7, 10 und 17).

Nach der Kartelldenkschrift sind bis 1. Okt. 1926 8 Anträge aus § 4 KartVO., 22 aus § 10 und 2 aus § 17 gestellt. Keiner ist bis zur Entscheidung gediehen. Von neueren Anträgen ist nichts bekannt; eine Entscheidung des KartG. liegt jedenfalls bis heute nicht vor. Am bekanntesten waren die im Sept. 1925 gegen drei Industrie- und drei Großhandelskartelle der Textilwirtschaft aus §§ 4 und 10 erhobenen Klagen wegen der Goldmarkklausel.

Es wäre aber ein grundlegender Irrtum, wenn man glauben wollte, daß von den Eingriffsmöglichkeiten der Staatsaufsicht überhaupt kein Gebrauch gemacht worden ist. Die Tätigkeit im stillen Sitzungszimmer ist um so intensiver. Nach Angabe des Reichsverb. d. Dtsch. Ind. sind dem RWM. bis Ende 1927 nahezu 4000 Beschwerden zugegangen. Auf Grund solcher Beschwerden, wie aus eigener Initiative sind wohl die meisten deutschen Kartelle einer Kontrolle unterworfen worden. Die Kontrolle bezieht sich auf das ganze Gebiet der Kartelltätigkeit, auf Preise und Konditionen, auf den Aufbau der Organisation, die Machtverteilung zwischen den Großen und Kleinen, auf das Verhältnis von Industrie und Handel, von Großhandel und Genossenschaften, auf die Frage, inwieweit die Bindung weiterer Wirtschaftsstufen durch Gegenseitigkeits- und Reversverträge im Interesse der Gesamtwirtschaft liegt, auf den Inhalt und die Durchführung von Schiedsgerichtsordnungen. Alles dies geschieht nicht mit starren Richtlinien, die bewegliche Taktik wird durchaus bevorzugt. Das Ministerium glaubt, wie es mehrfach, u. a. dem Reichstag gegenüber erklärt hat, gerade in den Wünschen der Wirtschaft nach bestimmten Merkmalen der Kontrolle die Rechtfertigung für seine labile Politik zu erblicken.

Von besonderen Untersuchungen ist neben der Einholung dreier Gutachten d. Vors. d. KartG. (über Treurabatt, über die Tragweite des § 9 Abs. 7 und über Verbandsschiedsgerichte) die der Verhältnisse der Eisenwirtschaft zu nennen. Teils waren es Preisfragen, teils handelte es sich um das Verhältnis des Werkshandels zum freien Handel im Zusammenhang mit dem in der Eisenwirtschaft besonders ausgebildeten Reverssystem. Anfang 1928 ergab sich aus Anlaß einer Preiserhöhung ein besonderer Konfliktsfall, der zu der vielerörterten „KuratelVO." v. 17. Jan. 1928 (RA. v. 30. Jan. 1928) führte. Es wurde gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 3 angeordnet, daß alle neuen Kartellbeschlüsse zunächst dem RWM. in Abschrift einzureichen seien und erst von da ab in Kraft treten sollten. Ferner ist die Einholung einer Reihe bedeutsamer Gutachten von Wirtschaftssachverständigen zu erwähnen, so in der Eisenwirtschaft die Gutachten von **Susat** und **v. d. Porten**, dann die Untersuchung der Verhältnisse im ostelbischen und mitteldeutschen Braunkohlenbergbau durch die **Schmalenbach**-Kommission. Das Gutachten dieser Kommission enthält eine besonders aufschlußreiche Darstellung über den Aufbau der Vertriebsorganisation, indem sie die Verlagerung und Verschachtelung der verschiedenen Syndikate und Werkshändler schildert; endlich das Gutachten

der Schmalenbach-Kommission über die Preise im rheinisch-westfälischen Steinkohlenbergbau.

Auf Grund des § 4 Abs. 1 Ziff. 2 ist im Falle der Halleschen Ziegelvereinigung durch VO. v. 6. Okt. 1925 und im Falle einer Lübecker Kohlenhändlervereinigung durch VO. v. 23. März 1926 angeordnet, daß die Mitglieder dieser Kartelle jederzeit das Recht der fristlosen Kündigung haben. Ein Rechtsbehelf gegen eine solche VO. ist nicht gegeben, insbes. nicht die Anrufung des KartG. (zweifellos ein schwerer Mangel der VO.!).

Im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 Ziff. 3 ist dann die noch in Kraft befindliche AuskunftsVO. v. 13. Juli 1923 zu erwähnen, von der reichlicher Gebrauch gemacht wird. Sie ist aus der alten KriegsVO. von 1917 entstanden und im Anschluß an die Zusammenfassung der Preistreibereigesetze während des Ruhrkampfes neu gefaßt. Das Bedenken ist, daß sie außer Zusammenhang mit der zeitlich späteren KartVO. steht. Es ist klar, daß eine Handhabung dieses Instruments über die Grenzen der KartVO. hinaus eine nicht loyale Ausnutzung antiquierter Gesetzesbestimmungen bedeuten würde. Mit Recht wird die Einfügung in die KartVO. gefordert.

Grundsätzlich ist zu der Regelung der §§ 4 und 10 zu sagen, daß sie durchaus wirksame Mittel zur Ausübung der Staatsaufsicht enthält. Lehnich in seinem Gutachten für den Juristentag fordert, daß der RWM. die Befugnis zu eigenen Maßnahmen erhalten soll, die dann der Nachprüfung des KartG. bzw. der ordentl. Gerichte unterliegen sollen. Er meint, daß dadurch die Verantwortung der Aufsichtsbehörde gestärkt werden würde. Es ist wohl selbstverständlich, daß es sich dabei nur um vorläufige Maßnahmen handeln könnte; es würde auch unbedingt zu fordern sein, daß eine eingehende Begründung (nicht nur mit dem Gesetzestext der „Gefährdung des Gemeinwohls") gegeben werden müßte, weiterhin, daß gegen offenbar unberechtigte Eingriffe ein Schadensersatzanspruch gegeben würde.

Recht verständig erscheint mir die Anregung von Lehnich, man solle das Auskunftsrecht des RWM. allgemein fassen und nicht von der Voraussetzung der Gefährdung des Gemeinwohles abhängig machen. Dadurch würden viele Schärfen in dem jetzigen Guerillakrieg zwischen Staat und Wirtschaft gemildert.

III. Die fristlose Kündigung nach § 8.

Von dem Kündigungsrecht wird reichlich Gebrauch gemacht. Die Kartelldenkschrift führt 696 Anträge aus § 8 an, die bis zum 1. Okt. 1926 beim KartG. eingegangen sind. Von den 624 erledigten Anträgen sind 390, also fast $^2/_3$, durch Rücknahme nicht zur Entscheidung gelangt; für zulässig wurden 52, für unzulässig 87 Anträge erklärt. In 33 Fällen wurde der Antrag als verspätet, in 11 Fällen wegen Unzuständigkeit des KartG. zurückgewiesen. 1927 sind dem Vernehmen nach von ca. 110 an das KartG. gelangten Anträgen etwa 100 durch Vergleiche erledigt.

Will man diese Zahlen würdigen, so ist einerseits zu sagen, daß die Kündigung als Schutz gegen Mißbrauch der Organisationsmacht notwendig ist. Für die kleine Firma, die mit großen Konzernen im Kartell sitzt, ist es ein beruhigendes Gefühl, daß es „noch ein KartG. in Berlin" gibt. Auf der anderen Seite ist zweifellos, daß mit diesem fristlosen Kündigungsrecht und mit den sehr unsicheren Chancen des Ausgangs von Großen und Kleinen reichlicher Mißbrauch getrieben wird. Es soll Kartelle geben, in denen kaum ein Mitglied nicht schon einmal die Waffe des Kündigungsrechts angewandt hat! Bedenklich ist dabei grundsätzlich, daß nach der Praxis des KartG., die sich mit Recht auf den Wortlaut der KartVO. stützt, nur die individuellen, privatrechtlichen Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen sind. Die Interessen der anderen Kartellmitglieder und der Allgemeinheit sind nicht maßgebend. Lehnich in seinem Gutachten (S. 310) fordert deshalb eine Ergänzung nach dieser Richtung i. S. einer Abwägung zwischen privaten und allgemeinen Interessen. Der Vorschlag scheint richtig. Andererseits darf dem kündigenden Mitglied, wenn besonders schwere Verfehlungen der Kartelleitung vorliegen, nicht deswegen die Kündigung verwehrt werden, weil die Aufrechterhaltung des Kartells wünschenswert ist (vgl. hierzu auch Tschierschky: KartRundsch. 1925, 515).

Als weiterer Mangel wird allgemein empfunden, daß die Kündigung rückwirkende Kraft hat. Bei den Reformdebatten ist daher der Vorschlag zu erwarten, die Kündigung erst mit Rechtskraft des Urteils wirksam werden zu lassen, wie nach deutschem Recht bei der offenen Handelsgesellschaft, nach § 133 HGB. nach SchweizOblR. (Art. 545) auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt. Auch gegen eine solche Lösung bestehen indes praktische Bedenken. Mir scheint erwägenswert, ob man nicht feste Termine (jeweils zum Monatsende) vorsieht, um die Auseinandersetzung im Falle der Wirksamkeit der Kündigung zu erleichtern. Hierbei könnte man zwischen Kartellen niederer Ordnung (Preis- und Konditionenkartell) und Kartellen höherer Ordnung (Kontingentierungskartell, Syndikat) scheiden. Für erstere müßte beispielsweise eine Kündigungsfrist von zwei, für letztere eine solche von vier Monaten gelten.

IV. Der Genehmigungszwang nach § 9 gegenüber Maßnahmen des inneren und äußeren Organisationszwanges.

(Vgl. neben den Kommentaren Tschierschky: KartRundsch. 1925, 1 ff., 77 ff., 138 ff., 188 ff., 337 ff. sowie Luley: KartRundsch. 1928, 134, 198 ff., 255 ff., 327 ff.)

1. § 9 in Verb. mit § 17 ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. Der von der Sperre Betroffene kann, wenn ohne die Genehmigung des Vors. d. KartG. eine Sperre verhängt wird, die Unterlassungs- und gegebenenfalls die Schadensersatzklage vor dem ordentl. Gericht erheben, auch eine einstweilige Verfügung erwirken. Siegt er ob, so tritt nunmehr das KartG. in Tätigkeit. (Auch die nachträgliche Genehmigung, also nach erfolgter Verhängung der Sperre, wird jetzt mit Recht als zulässig erachtet [vgl. KartG. v. 26. Juli 1927: KartRundsch. 1927, 558.])

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle verweigert nun der Vors. d. KartG. die Genehmigung. Eine Anhörung der Partei in diesem Stadium gibt es in der Praxis nicht. Der Bescheid geht auch ohne Gründe. Es wird dann die Entsch. des KartG. angerufen, und erst jetzt beginnt das eigentliche Verfahren. Man sieht: Der Mechanismus ist schwerfällig, umständlich und kostspielig. Dabei handelt es sich bei diesen Sperrfällen um Fragen, die für den betreffenden Wirtschaftszweig von einschneidendster Bedeutung sind. Nicht nur die Existenz der gesperrten Firma, auch das Fortbestehen des Kartells und grundlegende organisatorische Umwälzungen stehen auf dem Spiel.

M. E. wäre schon nach geltendem Recht viel gewonnen, wenn der Betroffene, wie dies in meinem Kommentar zu § 9 entwickelt ist, eine einstweilige Anordnung des Vors. erwirken könnte, die bis zu seiner Entscheidung auf Grund vorläufiger Prüfung die Sperre verbietet. Das ordentl. Gericht würde alsdann nur mit einer eventuellen Schadensersatzklage, die Zeit hat, befaßt. Weiter müßte — was mir nach geltendem Recht durchaus vertretbar erscheint — eine Feststellungsklage von beiden Parteien über die Zulässigkeit einer Sperre möglich sein. Alles dies hängt von der Grundfrage ab, ob man in § 9 eine Verwaltungsvorschrift — ein sog. Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt — erblickt, wie dies die herrschende Ansicht auf Grund der Ausführungen von R. Isay annimmt. Hierdurch wird die Zuständigkeit des KartG. unnötig eingeengt. M. E. handelt es sich systematisch einfach um eine Art „Friedensgebot", ähnlich wie im Arbeitsrecht das Verbot der Einleitung eines Streiks oder einer Aussperrung ohne Anrufung der Schlichtungsstelle (bei gemeinnützigem Betrieb nach besonderen Verordnungen, sonst auf Grund von Tarifverträgen [Vgl. Kaskel, Arbeitsrecht S. 307 u. 311]).

Auch bei dieser Auffassung würde § 9 ein Schutzgesetz darstellen. § 9 ist an sich als Spezialgesetz zu betrachten.

Bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage und der Begrenzung des § 9 auf bestimmte Organisationsmaßnahmen (Sperren und sperrähnliche Mittel) wird die Klage vor dem ordentl. Gericht gegenwärtig regelmäßig hilfsweise auch auf § 826 BGB. gestützt.

2. Die Voraussetzungen des § 9 im einzelnen.

Es muß sich um bestimmte Maßnahmen des inneren oder äußeren Organisationszwangs handeln.

Als solche des inneren Organisationszwangs führt § 9 die Verwertung von Sicherheiten an (vgl. hierzu KG. v.

29. März 1927: KartRundsch. 1927, 404). Die Einforderung von Vertragsstrafen gehört nicht dazu, KartG. v. 18. März 1927: KartRundsch. 1927, 344 und v. 19. Dez. 1927, K 437/27.

Über den seltenen Fall einer Mitgliedssperre vgl. KartG. v. 4. Nov. 1926: KartRundsch. 1927, 109. Ihre Zulässigkeit setzt die gleichmäßige Verfolgung bei allen Mitgliedsfirmen voraus.

Als Maßnahmen des äußeren Organisationszwanges kommen Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung in Betracht. Die Kartelldenkschrift definiert den Sperrbegriff im wesentlichen zutreffend wie folgt:

„Unter Sperren und Nachteilen von ähnlicher Bedeutung sind solche Maßnahmen zu verstehen, durch die Personen oder Personengruppen von dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr ausgeschlossen oder durch unterschiedliche Behandlung im Ein- und Verkauf bei Anwendung von Geschäftsbedingungen oder bei der Preisgestaltung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt werden."

Zu eng und auch vom Kartellgericht verworfen ist die Auffassung von Isay S. 298, daß eine von einem Verkaufssyndikat verhängte Sperre nicht unter § 9 fällt.

In der Praxis der ordentlichen Gerichte ist das Vorliegen einer Sperre — zu Unrecht — in zwei bedeutsamen Entscheidungen verneint. Im Falle des Steinsalzsyndikats (KartRundsch. 1925, 353, vgl. dort auch die Kritik von Lehnich und Friedländer) wurde die Belieferung eines Großhändlers eingestellt, weil er sich weigerte, einen Syndikatsrevers über Mindestpreise zu unterzeichnen. Das KG. verneint die Sperre, weil es sich um „übliche Kauf- und Lieferungsbedingungen" handle. Tatsächlich lag typische Organisationsbindung vor. Im Falle der Bremer Getreideimporteure und -Agenten verneint das OLG. Hamburg (KartRundsch. 1925, 698) die Sperre. Dabei handelte es sich um einen typischen Ausschließlichkeitsvertrag. Nur mit den Mitgliedern des Gegenverbandes war der Geschäftsverkehr erlaubt. Das KartG. hat denn auch bei ähnlichen Gestaltungen trotz Bestreitens das Vorliegen einer Sperre bejaht (z. B. Fall der Fahrradteile-Fabrikanten und -Großhändler, KartRundsch. 1925, 434).

Recht kompliziert war die Rechtslage in einem durch Vergleich erledigten Fall, über den in erster Instanz ein Urt. des LG. II Berlin entschied. Auch hier bestand ein Ausschließlichkeitsvertrag zwischen Fabrikanten und Großhändlerkartellen. Die Aufnahme in den letzteren wurde von einer kleinen GmbH. begehrt, von der beide Kartelle behaupteten, daß sie mit einer Einzelhandelsfirma (Hauptkonkurrentin) wirtschaftlich identisch sei. Das LG. bejahte trotzdem die Sperre (vgl. jedoch über eine ähnliche Gestaltung OLG. Hamm: KartRundsch. 1927, S. 565).

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet die Feststellung, was „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" sind. Entsprechend der herrschenden Meinung (a. A. wohl nur Isay S. 303) fällt der Treurabatt unter § 9. So auch mit eingehender Begründung das Urteil des KG. v. 1. Dez. 1927, 23 U 3104/27 (gegen das Urteil ist Revision eingelegt).

Handelt es sich dagegen um einen einfachen Umsatzbonus (Großabnehmerrabatt ohne Treuverpflichtung), so greift § 9 nicht Platz (so entsprechend der allgemeinen Ansicht das RG. 6. ZS. im Linoleum-Fall [Urt. v. 9. Jan. 1928: KartRundsch. 1928, 152]).

Endlich mag noch eine durch Vergleich erledigte Entsch. des LG. I Berlin erwähnt werden. Ein Preiskartell hatte einen Abnehmer, um ihn in eine andere Organisation zu zwingen, durch Nichtbewilligung von Rabatten unterschiedlich behandelt. Das LG. weist die auf Grund § 823 Abs. 2 BGB. i. Verb. m. § 9 KartVO. angestrengte Unterlassungsklage ab, weil es den Standpunkt vertritt, daß die Preisdifferenzierung nicht die Existenz der Klägerin gefährde. Das bedeutet eine Verschiebung der Zuständigkeit. Wenn nachgewiesen wird, daß es sich um eine organisatorische Kampfmaßnahme handelt, genügt die Tatsache der Preisdifferenzierung. Über ihre Zulässigkeit entscheidet das KartG. im Genehmigungsverfahren nach § 9.

3. Weiterhin ist oft streitig, ob die Sperre von einem Kartell ausgeht. § 9 greift nicht Platz, wenn sie von einem Einzelunternehmen (auch einem solchen mit Monopolcharakter) verhängt wird. Hierüber verhält sich das angeführte Urteil des RG. im Linoleum-Fall.

Zweifelhaft kann auch sein, wer gegenüber dem Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch passiv legitimiert ist, wenn die Sperre auf Grund eines Gegenseitigkeitsvertrages verhängt wird: z. B. der Händler sucht Aufnahme in den Großhandelsverband nach, sie wird verweigert. Daraufhin wird er von dem Gegenverband (Fabrikantenkartell) nicht beliefert. Nach § 830 BGB. können beide Verbände in Anspruch genommen werden. Das gleiche gilt für die Aktivlegitimation im Genehmigungsverfahren.

Nicht unter § 9 fallen selbstverständlich die gemäß § 19 aus dem Bereich der KartVO. überhaupt ausgenommenen Verbände, so insbes. die auf Grund des Kohlen- und Kaliwirtschaftsgesetzes gebildeten Syndikate. Sie unterstehen andererseits einer besonderen Staatsaufsicht; diese beschränkt sich aber auf die Spezialvorschriften dieser Gesetze. Das RWM. kann gegen Kartellbeschlüsse Einspruch einlegen. Wird die Sperre aber vom Vorstand verhängt, so versagt die Staatsaufsicht. Im übrigen ist der Betroffene auf die §§ 823, 826 BGB. angewiesen. Alles dies gilt nur für diese Firmen, deren Satzungen vom Reichskohlenrat genehmigt sind (§ 48 AusfBest.). Während des Zwischenstadiums gilt also die KartVO.

4. Der Genehmigung unterliegt die „Verhängung" von Sperren. Das unscheinbare Wort ist praktisch von größter Bedeutung. Nach der herrschenden Meinung des Schrifttums und der Praxis des KartG. (vgl. z. B. Entsch. v. 18. Okt. 1927: KartRundsch. 1927, 651) im Falle des Bühnenkartells bedarf es der Individualisierung der Sperre. „Die Sperre gilt nicht schon dann als verhängt, wenn eine solche Maßnahme, wie in der Regel in Treurabattklauseln und Exklusivverträgen nur in thesi vereinbart oder allgemein angedroht wird, sondern erst dann, wenn sie gegen bestimmte Einzelunternehmungen oder Gruppen wirksam werden soll" (Kartelldenkschrift S. 5). Beim Treurabatt liegt daher die Verhängung der Sperre in der Einforderung des Treurabatts bzw. in der Weigerung, ihn abzuziehen; so das KG. in der oben erwähnten Entsch. und neuerdings KartG. v. 3. Mai 1928: KartRundsch. 1928, 351 im Falle eines Textilausrüstungsverbandes. Die Bedeutung dieser letztgenannten Entscheidung wird vielfach verkannt. Sie besagt nicht etwa, daß § 9 auf den Treurabatt nicht anwendbar ist.

Schon das bisher Gesagte zeigt, daß die Praxis ähnlich wie die aktienrechtliche Rechtsprechung beim Stimmverbot nach § 252 Abs. 3 HGB. versucht, zu vernünftigen Ergebnissen zu gelangen. Zugleich zeigt sich die völlige Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet.

5. Nach § 9 Abs. 2 ist die Einwilligung zu versagen, wenn die Maßnahmen eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohles enthalten oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig beeinträchtigen würden. Die Fassung zeigt, daß eine Ausnahme vom Regelfalle gedacht ist („die Einwilligung ist zu versagen"). Dies war auch anfänglich die Auslegung des KartG. (KartR. 1924, 432, 434). In dieser ersten Periode — etwa bis Ende 1925 — zeigt die Statistik der Kartelldenkschrift noch ein Überwiegen der genehmigten Sperranträge. Von da ab ändert sich das Bild grundlegend. In dem Zeitraum vom 1. Okt. 1925 bis 1. Okt. 1926 werden nur 3 Sperranträge als genehmigt, 73 als versagt angeführt. Die Urteile aus dem Kohlen- und Eisenhandel, die aus dieser Zeit stammen, ferner das Gutachten des Vorsitzenden des KartG. v. 16. Sept. 1925 über die Auslegung des § 9 Abs. 7 KartVO. (KartR. 1925, 502 ff.), ferner das zweite Urteil im Falle der Fahrradteileverbände, endlich auch der Fall der Mineralbrunnen, zeigen eine Einstellung, die nicht anders als organisationsfeindlich genannt werden kann. Seit Mitte 1927 ist eine gewisse Schwenkung dieser Praxis zu beobachten (vgl. insbes. das Zementhandelsurteil, unten zu g). Die Verkennung der Notwendigkeiten des Organisationszwanges durch das KartG. steht im schärfsten Gegensatz zu der gleichzeitigen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, namentlich des RG. Hier werden durch Ausbau der bisherigen Rechtsprechung zu § 826 BGB. unter maßvoller Abwägung der beiderseitigen Interessen die Grenzen richtig gesteckt. Diese Rechtsprechung betrifft einmal arbeitsrechtliche Konflikte, dann aber auch wirtschaftsrechtliche außerhalb des Gebiets des § 9.

über die arbeitsrechtlichen Konflikte vgl. die Zusammenstellung der Rspr. bei Dersch: NZArbR. 1926, 449; namentlich das Urteil über die Absperrungsklausel und die Tragweite des Art. 159 RVerf. „Ihrem Wesen und Zweck nach muß die Vereinigungsfreiheit der zum Verband zusammengeschlossenen Teilnehmer die weitere Befugnis in sich begreifen, sie wirksam auszugestalten und sie rechtlich zur Belebung zu bringen" (RG. 111, 199 f.) (vgl. weiter das Urt. des RG. im Linoleumfall [KartR. 1928, 152]; ferner die grundlegend voneinander abweichenden Urteile der ordentlichen Gerichte und des KartG. im Falle der Mineralbrunnen [unten zu e]).

In dem folgenden Überblick der Rechtsprechung zu § 9 ist eine Gruppierung nach gleichliegenden typischen Tatbeständen versucht. Eingehendere Durcharbeitung fehlt noch. Sie müßte sich einerseits auf die Analysierung der Organisationsformen und -mittel (Gegenseitigkeitsexklusivverträge, Treurabatt), andererseits auf die Absteckung der Grenzen des Organisationszwanges unter Berücksichtigung der Eigenart der verschiedenen Wirtschaftszweige, des Grades der Monopolstellung usw. erstrecken. Solche Vorarbeiten fehlen.

a) Die Urteile über den Gegenseitigkeitsvertrag zwischen Fahrradteile-Fabrikanten und -Händlern.

Im wesentlichen handelt es sich um Sperren gegen solche Großhändler, die zugleich ein Einzelhandelsgeschäft haben (vgl. KG. v. 7. Dez. 1923: KartR. 1923, 178; RG. v. 6. Juni 1924: KartR. 1924, 166 [Sperre genehmigt]; LG. I Berlin v. 1. April 1925: KartR. 1925, 227; KartG. v. 24. Juli 1925: KartR. 1925, 434 [Sperre genehmigt]; KartG. v. 17. Mai 1926: KartR. 1926, 342 [Sperre bei gleichem Tatbestand versagt!]).

b) Die Kohlenhandelsfälle.

Der Kohlenhandel befindet sich, ähnlich wie der Eisenhandel, seit langem in schwieriger Lage: die straffe Organisation der Produzentenkartelle, die Zwangscharakter haben, auf der anderen Seite die Überfüllung des Gewerbes, die Durchsetzung mit unlauteren Elementen, der Kampf gegen die Genossenschaften. Die Schutzmaßnahmen des Handels gegen diese Zustände sind verschiedener Art. In keinem der Fälle wurden sie vom KartG. gebilligt. Folgende Entsch. sind zu nennen:

KartG. v. 8. Aug. 1925: KartR. 1925, 438. Auf Grund Vereinbarungen zwischen Importeur und Platzgroßhändlerkartell genießen Mitglieder des letzteren Preisvergünstigungen. Der Großhändlerverband verweigert die Aufnahme einer Firma, deren Inhaber den Offenbarungseid geleistet hat und unter Betrugsverdacht steht. Genehmigung verweigert.

KartG. v. 22. April 1926: KartR. 1926, 339: Ein Kohlenhändlerverband begründet die Weigerung, zwei Firmen als sog. Revershändler zuzulassen, mit der Übersetzung des Gewerbes. Sperre wird unter Berufung auf Art 151 RVerf. (Grundsatz der Gewerbefreiheit) nicht genehmigt, auch deshalb, weil Sperre gegen organisationswilligen Außenseiter nicht zulässig.

KartG. v. 13. Sept. 1926: KartR. 1926, 519: Sperre beantragt gegen Kohlenhandelsfirma, welche, entgegen der zwischen Großhandel und Platzhandel vereinbarten Scheidung, sich Platzhandelsgeschäfte angliedert. Genehmigung verweigert, weil „die Sperre kein geeignetes und zuverlässiges Mittel zur Reinhaltung des Gewerbes von neuen Betriebsformen".

c) Das Eisenhandelsurteil.

KartG. v. 17. Febr. 1927: KartR. 1927, 268: Die Entsch. ist wohl die bedeutsamste aus dem ganzen Sperrkomplex. Sie ist entsprechend eingehend erörtert (zustimmend Wittgensteiner: KartR. 1927, 338; SenPräs. Köppel: DJZ. 1927, 724 ff.; Tschierschky (mehrfach im System); ablehnend R. Isay: KartR. 1927, 273; Grünschild: BankArch. 1926/27, 334; Friedländer: Berl. Tagebl. v. 25. März 1927 Nr. 142). Die Entsch. betrifft einen der Gegenseitigkeitsverträge zwischen Stahlwerksverband bzw. Unterorganisation und Bezirksgroßhändlerverband. Letzterer beantragt Sperrgenehmigung gegen einen der wenigen Außenseiter, der ständig unterbietet und sich weigert, dem Verband beizutreten, obgleich er zwei nahestehenden Großhandelsverbänden angehört. Genehmigung wird verweigert. Das KartG. legt zunächst Gewicht darauf, daß es sich nicht um Luxus-, sondern um Bedarfsartikel handelt. Es erklärt vom kartellrechtlichen Standpunkt aus die Unterbietung nicht für verwerflich, zumal die Kartellmitglieder wegen § 17 die Belieferung gar nicht verweigern dürften. Auch bei Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Interessen kommt das KartG. zur Versagung: „Das KartG. kann nicht durch einen behördlichen Akt die Beteiligung einer privaten Monopolmacht unterstützen."

d) Im Anschluß an die Eisenhandelsentscheidung hat sich eine lebhafte Kontroverse darüber entsponnen, ob angesichts der Stellungnahme des KartG. sich die Praxis der ordentlichen Gerichte aufrechterhalten lasse, welche die Preisunterbietung auf Markenartikel auf Grund des § 1 UnlWG. und § 826 BGB. für sittenwidrig erklären und Unterlassung und Schadensersatzansprüche gewähren.

Die eine Partei mißbilligt, gestützt auf das Urt. des KartG., diese Praxis aufs schärfste, weil sie preistreibend, daher gemeinschädlich, sei (so insbes. Goldbaum: LZ. 1927, 723 und GewRSch.u.UrhR. 1927, 781; Wittgensteiner: KartR. 1927, 458; hiergegen R. Isay: KartR. 1927, 98 (mit Anführung der außerdeutschen Rechtslage); Hüssener: KartR. 1927, 547 sowie namentlich Pinzger: KartR. 1928, 345).

Die ordentlichen Gerichte sind bei ihrer Praxis verblieben (KG.: KartR. 1927, 474 und 476; 1928, 295; OLG. Stettin: KartR. 1928, 21).

Dagegen hat das Schweizer Bundesgericht in einem vielerörterten Urteil die Sittenwidrigkeit verneint (Urt. v. 8. Nov. 1926: KartR. 1927, 279).

In diesem Zusammenhang ist noch auf das sehr interessante Urt. des RG. v. 12. April 1927: JW. 1927, 1636 zu verweisen, die in das Grenzgebiet zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht hinspielt. Die Unterbietung der durch Tarifvertrag festgesetzten Löhne wird für sittenwidrig erklärt.

In dem mehrfach erwähnten Urt. des RG. im Linoleumfall wiederholt das RG. unter Berufung auf seine frühere Rspr., daß auch die monopolartige Stellung des Linoleumkonzerns seine Maßnahmen nicht ohne weiteres unerlaubt mache.

e) Grundsätzlich bedeutsam ist weiter die Gruppe der Urt. im Mineralbrunnenfall. Sie zeigen in klarer Weise die Verschiedenheit der Auffassung über den gleichen Tatbestand. Staatliche und private Mineralbrunnen sind in einem Verbande zusammengeschlossen, der ein Gebiets- und Preisschutzabkommen mit dem Mineralgroßhändlerverbande hat. In einem neuen Vertrage der Verbände wurde der Platz Leipzig der direkten Belieferung durch eine GmbH. vorbehalten, deren Gesellschafter einige (nicht alle) Verbandsmitglieder sind. Der Verband machte das bekannt. Die Maßnahmen richteten sich gegen eine Großhändlerfirma, die früher unabhängig, jetzt einem sehr rührigen Außenseiterkonzern angehört. Das LG. I Berlin und das KG. erblickten hierin eine genehmigungspflichtige Sperre (vgl. Urt. des KG. v. 19. März 1927: KartRundsch. 1927, 409).

Das KartG. v. 15. März 1927: KartRundsch. 1927, 395 versagte die Genehmigung zur Sperre, vor allem, weil „eine Verbandssperre nicht geeignet ist, in den Konkurrenzkampf zweier Privatunternehmungen einzugreifen". Gleichzeitig hatte jene Großhandelsfirma eine der Brunnenverwaltungen (Wildungen) auf Lieferung von Brunnen verklagt, mit der Begründung, daß die Monopolstellung von W. einen Kontrahierungszwang auslöse. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen (OLG. Kassel v. 14. Juli 1927: KartRundsch. 1927, 292 und RG., 6. ZS., v. 12. März 1928: KartRundsch. 1928, 290).

Das RG. schließt sich weitgehend dem Standpunkt der Brunnenverwaltung an (vgl. auch die Kritik von Grünschild zu dem Urt. des KartG.: KartRundsch. 1927, 401).

Über die Frage des Kontrahierungszwangs vgl. weiter RG. v. 19. Nov. 1926: KartRundsch. 1927, 193 (Anerkennung eines Kontrahierungszwangs der Branntweinmonopolverwaltung für Trinkbranntwein); ferner das sehr kühne Urt. des LG. I Berlin: JW. 1928, 373 (Anm. Hoeniger).

f) Über die Zulässigkeit und die Grenzen des Treurabatts verhält sich das Gutachten des Vors. des KartG. von 1924 (amtlich nicht veröffentlicht, Auszug bei Haußmann-Hollaender S. 93 und Kestner-Lehnich). Eine Entsch. über die Grenzen des zulässigen Treurabatts aus § 9 ist bisher nicht ergangen (grundsätzliche Bemerkungen bei Tschierschky, System 1928 Heft 5; vgl. auch Meyer-Alberti: JW. 1924, 157).

Ein verwandtes Gebiet behandelt die Rspr. über das in der Seeschiffahrt übliche System der „zurückgestellten Rabatte" (vgl. Reinbeck: KartRundsch. 1925, 397 und die Urt. des OLG. Hamburg: KartRundsch. 1925, 214; 1927, 275 sowie die entsprechenden Urt. des RG.: KartRundsch. 1926, 8; 1927, 704).

Im letztgenannten Urteil sind folgende Grundsätze aufgestellt:

„Die Fesselung der Spediteure und Verlader durch das System der zurückgestellten Rabatte stellt zwar eine wesentliche Behinderung der gewerblichen Betätigungsmöglichkeiten dar, ist aber grundsätzlich keine unzulässige und rechtswidrige Einschränkung der gewerblichen Freiheit. Der wirtschaftliche Kampf bringt solche Eingriffe mit sich. Sie sind nicht rechtswidrig, wenn sie nicht ausschließlich die Schädigung des Betroffenen, sondern der Ausdehnung und Sicherung des Unternehmens im wirtschaftlichen Wettkampf dienen, mit erlaubten Mitteln in angemessenem Maße erfolgen, keine Vernichtung des Betroffenen zur Folge haben und nicht eine, zu dem erstrebten Vorteil in keinem Verhältnis stehende Schädigung enthalten. Das System einer Monopolstellung ist nicht rechtswidrig bei erlaubten Kampfmitteln und nicht sittenwidrigem Zweck."

g) Eine gewisse Schwenkung in der Rspr. des KartG. bedeutet das Urt. v. 8. Nov. 1927 Nr. 97 in dem bereits erwähnten Zementhandelsfall. Es behandelt einen Gegenseitigkeitsvertrag zwischen Zementerzeugern und Zementhändlern. Die Verweigerung

der Aufnahme eines Händlers, der den vorgeschriebenen Mindestumsatz nicht erreicht, wird gebilligt (vgl. auch in dieser Richtung das Urt. des KartG. v. 26. Juli 1927: KartRundsch. 1927, 558).

6. Von wesentlicher Bedeutung für die Stellung des KartG. zum Organisationszwang ist das Gutachten des Vors. des KartG. zu § 9 Abs. 7. Es erklärt diese Bestimmung auch auf Exklusivverträge für anwendbar, m. a. W., die automatische Wirkung eines solchen Vertrages gegenüber einem auf Grund des § 8 KartVO. ausgeschiedenen Kartellmitglied wird als Erschwerung der Kündigung betrachtet und als relativ nichtig erklärt (vgl. hierzu — grundsätzlich abweichend — die Gutachten der Kartellstelle des Reichsverbandes der D. Ind. und der Industrie- und Handelskammer Berlin: KartRundsch. 1927, 507 ff sowie Blum: KartRundsch. 1926, 82).

Kleinere Aufsätze.

Kann die Urteilspublikation (§ 200 StGB.) im Gnadenwege erlassen werden?

In Theorie und Praxis herrscht über den Charakter der Urteilspublikation Streit. Während das RG.[1]) den Standpunkt einnimmt, daß die Publikation einen pönalen Charakter habe, ist in der Literatur[2]) die Ansicht vorherrschend, daß ihr die Natur einer privaten Genugtuung innewohne. Diese Ansicht wird namentlich von Fuchs (GoltdArch. 29, 426) vertreten, der sich hierbei in erster Linie auf die historische Entwicklung der Publikation sowie auf die ähnlich lautende Bestimmung im § 165 StGB. stützt. Besonders einleuchtend ist die Verweisung auf die Motive zum NahrMittG., wo ausdrücklich gesagt wird, daß „die in diesem Gesetz bestimmte Publikation ebenso wie in den in §§ 165 und 200 StGB. vorgesehenen Fällen nicht den Charakter einer Nebenstrafe im eigentlichen Sinne habe". Aber selbst wenn man den Strafcharakter der Publikation anerkennen will, so ist damit die Frage, ob dieselbe im Gnadenwege erlassen werden kann, noch keineswegs entschieden. Denn mag man den Gnadenakt mit Binding (Grundriß § 110) als einen Rechtsverzicht auf den staatlichen Strafanspruch oder mit Laband (Staatsrecht, 5. Aufl. III § 93) als einen Verwaltungsakt ansehen, so kann durch einen solchen einseitigen Akt selbstverständlich nur der öffentliche Strafanspruch des Staates, nicht aber der private Strafanspruch des Verletzten zum Erlöschen gebracht werden. Der Rechtssatz, daß niemand über fremde Rechte verfügen kann, gilt auch im öffentlichen Recht. Um ein fremdes Recht handelt es sich aber hier, da die Publikationsbefugnis dem Kl. durch rechtskräftigen Richterspruch zugesprochen worden ist und seine Geltendmachung völlig unabhängig von dem Willen der staatlichen Behörden ganz in das freie Ermessen des Verletzten gestellt ist, was natürlich mit dem Charakter einer öffentlichen Strafe völlig unvereinbar sein würde. Mit vollem Recht weist deshalb Laband a. a. O. 510 darauf hin, daß das Begnadigungsrecht die beiden materiellen, ihm immanenten Beschränkungen enthalte, daß es immer nur zugunsten desjenigen, der einer Strafverfolgung oder Strafvollstreckung ausgesetzt sei, und niemals unter Verletzung der Rechte Dritter oder zu ihrem Schaden ausgeübt werden könne. Gerade auf diese Stelle beruft sich auffallenderweise das LG. Hamburg in einem Urt. v. 14. Febr. 1928; es glaubt nämlich aus den Worten „materiell" und „immanent" schließen zu können, daß Laband damit habe zum Ausdruck bringen wollen, daß es sich hier um eine Selbstbeschränkung der Gnadeninstanz handele, die sich der gerichtlichen Nachprüfung entziehe. Laband ist aber völlig mißverstanden worden. Es ist vielmehr ein feststehender Grundsatz, daß Verwaltungsakte ebensowohl wie Rechtsverordnungen von den Gerichten zwar nicht auf ihre Zweckmäßigkeit, wohl aber auf ihre Rechtmäßigkeit nachgeprüft werden können. Auf diesem Grundsatz beruht ja bekanntlich die ganze Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Nachprüfungsrecht ist namentlich dann über jeden Zweifel erhaben, wenn materielle Rechtsnormen verletzt worden sind. Die Richtigkeit der Labandschen Ansicht geht insbesondere auch noch daraus hervor, daß zwar die Gerichtskosten niedergeschlagen werden können, daß aber niemals z. B. die Kostenerstattungspflicht oder die dem Beleidiger auferlegte Buße im Gnadenwege erlassen werden kann. Das wäre ein unzulässiger Eingriff in die Rechte Dritter und somit nichtig.

In einem anderen Falle, der schon einige Zeit zurückliegt[3]), war gegen den verantwortlichen Redakteur einer hamburgischen Tageszeitung auf Gefängnisstrafe und Publikation erkannt worden. Nachdem die Gefängnisstrafe im Gnadenwege in eine Geldstrafe umgewandelt und die Publikation ganz erlassen worden war, versuchte der Kl. ebenfalls eine gerichtliche Entsch. herbeizuführen, durch welche der Gnadenakt, soweit die Publikation in Frage kam, für ungültig erklärt wurde. In diesem Falle wies das LG. (die Entsch. wurde von einer anderen Kammer getroffen) auf erhobene Beschwerde das Vollstreckungsgericht an, dem betreffenden Redakteur auf Grund des § 10 PreßG. die Veröffentlichung des Urteils aufzuerlegen. Als sich nun der Redakteur unter Hinweis auf den vollzogenen Gnadenakt weigerte, dieser Aufforderung Folge zu leisten, und das AG. gem. § 19 PreßG. Strafantrag stellte, lehnte die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung kurzerhand ab. Obschon nun der Kl. gem. § 172 StPO. gerichtliche Entsch. beantragte, gelangte er doch nicht zum Ziele, weil das HansOLG. (StS.) den Standpunkt einnahm, daß demjenigen, dem auf Grund des § 200 StGB. die Publikationsbefugnis zugesprochen sei, kein von ihm erzwingbarer Anspruch darauf zustehe, daß die staatlichen Vollstreckungsorgane diesen Anspruch auch durchsetzten. Diese Auffassung steht im Widerspruch mit dem von der StPO. anerkannten Grundsatz, daß die Strafvollstreckung nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht der zuständigen Behörden ist. So sagt das RGSt. 6, 181 wörtlich: „Dazu tritt die Verpflichtung der mit der Handhabung der Strafrechtspflege betrauten Behörden, auf Nachsuchen des Beleidigten die zur Vollstreckung der Maßregeln erforderliche Hilfe zu leisten." Ähnlich sagt Olshausen (Anm. 9 zu § 200 StGB.): „Die Strafvollstreckungsbehörde ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, zur Ausführung des (auf Publikation lautenden) Urteils mitzuwirken." Besteht aber eine dahingehende Verpflichtung der Strafvollstreckungsbehörden, so muß man auch dem Privatkl. das Recht zugestehen, die Gerichte anzurufen, wenn die Vollstreckungsbehörde (Staatsanwaltschaft usw.) aus irgendwelchem Grunde die Mithilfe verweigert. Diese Ansicht wird namentlich auch von Ebermayer (Anm. 4 Abs. 4 zu § 200 StGB.) vertreten, der den Privatkl., falls dieser bei der Vollstreckung eines auf Publikation lautenden Urteils auf Schwierigkeiten stößt, an das Vollstreckungsgericht verweist. Der § 458 StPO. bestimmt nämlich, daß die Entsch. des Gerichts einzuholen ist, wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden. Wenn dieser Paragraph nun auch in erster Linie zum Schutze des Verurteilten bestimmt ist, so ist es doch allgemein anerkannt, daß ein Antrag des Verurteilten hier keineswegs immer vorausgesetzt wird, daß vielmehr bei vorhandenem Zweifel die Staatsanwaltschaft (also auch der Privatkl.) von sich aus die Entsch. des Gerichts herbeiführen kann (vgl. namentlich Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 458 StPO.). Die entgegengesetzte Ansicht des OLG. ist irrig. Es kommt sodann auch noch folgendes hinzu. Der Strafprozeß kennt im Gegensatz zum Zivilprozeß keinen eigentlichen Erfüllungszwang, sondern nur Surrogate desselben. Ein solches Surrogat ist, wie Kitzinger (RPreßG. 107) treffend bemerkt, der § 19 Abs. 2 PreßG. Selbst wenn der Redakteur mit Rücksicht auf seinen guten Glauben von der Anklage aus § 19 Abs. 1 hätte freigesprochen werden müssen, so hatte das Gericht doch die nachträgliche Aufnahme anzuordnen. Diese Anordnung hat die Wirkung, daß hinsichtlich der nach dem Urteil fortdauernden Unterlassung der gute Glaube zerstört wird. Jede Weigerung begründet ein selbständiges Delikt, das von neuem verfolgt werden kann (vgl. von Liszt, Reichspreßrecht, Anm. zu § 19).

RegDir. i. R. Dr. Hartmann, Hamburg.

[1]) Vgl. z. B. RG. 4, 218; 6, 180; 10, 206 („Strafe zur privaten Genugtuung"). Es handelte sich aber meist um Fragen, die sich aus der Idealkonkurrenz mit anderen Delikten ergaben. Die hier zur Erörterung stehende Frage ist vom RG. noch nicht entschieden worden.

[2]) Vgl. die Literatur bei Ebermayer, Anm. 1 zu § 200 StGB. und bei Olshausen, Anm. 4 ebendort.

[3]) Hans. Rechtsztschr. 1924, 151.

Die Rüge einer Verletzung des § 338 Ziff. 8 StPO. ist auch dann zulässig, wenn ein bedingter Beweisantrag nicht durch förmlichen Gerichtsbeschluß abgelehnt, sondern in den Urteilsgründen als unerheblich zurückgewiesen worden ist.

In JW. 1928, 95 hatte ich ausgeführt, ein absoluter Revisionsgrund i. S. des § 338 Nr. 8 StPO. sei dann gegeben, wenn ein hilfsweise gestellter Beweisantrag zwar nicht durch förmlichen Gerichtsbeschluß abgelehnt, sondern lediglich in den Urteilsgründen als unerheblich zurückgewiesen sei. Diesen Ausführungen ist Bongartz (JW. 1928, 784) entgegengetreten. Er meint, es könne dahingestellt bleiben, ob § 338 Nr. 8 in dem erörterten Falle Anwendung finde. Es genüge, daß der Beschluß, durch den ein Beweisantrag abgelehnt werde, in den Urteilsgründen bekanntgegeben werde. Voraussetzung sei aber immer, ob das Urteil auf der Verletzung beruhe (§ 337 StPO.). Damit sei dem praktischen

Bedürfnis genügt. Diese Ausführungen treffen m. E. nicht den springenden Punkt. Es handelt sich darum, daß der Verteidiger im Schlußvortrag hilfsweise einen Beweisantrag gestellt hat. Zu diesem Beweisantrag ist nicht durch verkündeten Gerichtsbeschluß, sondern erst in den Urteilsgründen Stellung genommen, und zwar ist er abgelehnt worden. Selbstverständlich muß es sich immer um die Ablehnung eines für die Verteidigung wesentlichen Punktes handeln. Denn dies ist Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 338 Nr. 8 StPO. Es fragt sich aber, ob die Rüge einer Verletzung des § 338 Ziff. 8 daran scheitern soll, daß der Beweisantrag nicht durch einen förmlichen Gerichtsbeschluß, sondern lediglich in den Gründen als unerheblich abgelehnt ist. Kommt die RevInst. dazu, daß es sich um einen für die Verteidigung wesentlichen Punkt bei dem Beweisantrag gehandelt hat, dann muß sie, wenn die von mir vertretene Ansicht richtig ist, das Urteil wegen Verstoßes gegen § 338 Ziff. 8 StPO. aufheben, ohne daß es nötig ist, zu der von Bongartz erörterten Frage Stellung zu nehmen, ob das Urteil auf der Verletzung beruht (§ 337 StPO.). Loewe (§§ 244 Nr. 9, 338 Nr. 18 b) ist der Ansicht, ein absoluter Revisionsgrund liege mangels eines förmlichen Gerichtsbeschlusses nicht vor. Bongartz weicht insofern von Loewe ab, als er die Ablehnung des Hilfsbeweisantrags in den Gründen als einen Beschluß i. S. des § 244 StPO. auffaßt. Er stimmt aber insofern mit Loewe überein, als er einen absoluten Revisionsgrund nicht für gegeben erachtet, sondern die Rev. nur dann für begründet ansieht, wenn das Urteil auf der Rechtsverletzung, das heißt auf der ungerechtfertigten Ablehnung, beruhe. Wenn er ausführt, für den Erfolg der Rev. komme es immer darauf an, ob das Urteil auf der Rechtsverletzung beruhe, ob es sich mit anderen Worten um einen wesentlichen Punkt der Verteidigung handele, so wird hiermit die Grenze zwischen dem absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 und dem relativen Revisionsgrund der §§ 337, 244 StPO. verwischt. Es handelt sich aber um verschiedene Dinge. Nach der im Eingangssatz des § 338 gegebenen unwiderleglichen Vermutung braucht beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 338 Ziff. 8 in eine Prüfung der Frage, ob das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes, d. h. auf der ungerechtfertigten Ablehnung des Beweisantrags beruht, nicht eingetreten zu werden. Es genügt, daß der Beweisantrag einen für die Verteidigung wesentlichen Punkt betraf.

RA. Otto Rothbarth, Frankfurt a. M.

Zum Begriffe des „Verletzten“ i. S. § 172 StPO.

Die einzige Sicherung gegen das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ist das Recht des durch eine strafbare Handlung Verletzten, auf Entsch. des OLG. anzutragen, wenn die Staatsanwaltschaft die Erhebung der Anklage ablehnt. Die Frage, ob Verletzter i. S. des § 172 StPO. auch der mittelbar Geschädigte, oder nur der unmittelbar Verletzte ist, ist streitig. Früher war die Ansicht fast allgemein, daß auch der mittelbar Verletzte berechtigt sei, die Entsch. des OLG. anzurufen. RG. und RMilitärG. haben in ständ. Rspr. an der Auffassung festgehalten, daß der Begriff des Verletzten in weitestem Sinne zu fassen sei. Hierin folgen ihnen auch noch heute die meisten Schriftsteller (vgl. RGSt. Bd. 23 S. 361; RMilitärG. Bd. 6 S. 133; Bd. 8 S. 14; Bd. 10 S. 188; v. Kries, Lehrb. S. 271; Rosenfeld, RStPO. S. 207; Graf Dohna, Strafverfahren S. 143; Lucas, Anleitung Bd 1 S. 158. Ferner folgende OLGEntsch.: Dresden bei Alsberg: OLGEntsch., StPO. Bd. 1 S. 396 und Dresden bei Alsberg Bd. 1 S. 397. Ferner HansOLG.: JurR. 1925, Bd. 2 Nr. 1940). Neuerdings gewinnt jedoch, besonders seitdem Rosenberg den Loeweschen Kommentar zur StPO. bearbeitet, mehr und mehr die Auffassung an Boden, daß nur der unmittelbar Verletzte, d. h. derjenige, der in dem von der Strafdrohung geschützten Rechtsgute selbst verletzt worden ist, zur Antragstellung befugt sei. Die einschränkende Auslegung wird außer von Rosenberg bei Loewe, Komm. z. StPO. § 172 Note 5 b, im neueren Schrifttum noch von Bennecke-Beling, Lehrb. S. 484 vertreten. Von OLGEntsch., die Rosenberg folgen, sind vor allen Dingen ein Beschluß des OLG. Kiel, Höchstrichterl. Rspr. 1926 S. 14 und neuerdings auch ein eingehend begründeter Beschluß des KG. v. 16. Jan. 1928 (4. W. 18/28) zu nennen.

Die Bedeutung der Streitfrage tritt ganz besonders in den Vordergrund, wenn es sich um die schwersten Delikte handelt, die das StGB. überhaupt kennt, nämlich die Tötungsdelikte, mag es sich nun um Mord, Totschlag oder fahrlässige Tötung handeln. Nach der einschränkenden Auslegung könnten die Angehörigen des Verletzten niemals die Staatsanwaltschaft durch Anrufung des OLG. zwingen, die Anklage zu erheben.

Dieses Ergebnis ist höchst unerfreulich. Die Argumente, die zur Begründung der einschränkenden Auslegung angeführt werden, sind dabei durchaus unzulänglich.

Beide Auffassungen haben die Lösung der Streitfrage zunächst aus der Geschichte der Gesetzesvorschrift herleiten wollen. Hierbei haben sich die Anhänger der ausdehnenden Interpretation insbes. auf die Ausführungen gestützt, die der Berichterstatter von Schwartze im Reichstage am 21. Dez. 1876 gemacht hat. Aus diesen ergibt sich, daß in der Tat im Reichstage an eine möglichst weite Auslegung des § 172 StPO. gedacht worden ist. Allein die Gesetz gewordene Formulierung stellt ein Kompromiß zwischen Reichstag und Bundesrat dar. Der Bundesrat hat sicherlich den Begriff des Verletzten möglichst eng ziehen wollen. Unter diesen Umständen ist Voitus, Kontroversen S. 2, 324 zuzugeben, daß die Entstehungsgeschichte, auf welche sich beide Lehrmeinungen berufen, für die Entsch. der Streitfrage ohne Belang ist. Hieraus folgt aber noch nicht, daß die engere Auslegung des Begriffes Verletzter die richtige ist. Der Sinn der Vorschrift weist entschieden darauf hin, daß der Begriff des Verletzten möglichst weit ausgelegt werden muß.

Die Argumente, die zur Begründung der hier abgelehnten Auffassung angeführt werden, sind größtenteils formalistisch. Zunächst wird geltend gemacht, daß das Wort „Verletzter“ i. S. des § 172 StPO. nur im gleichen Sinne verwendet werden könne, wie es in anderen Vorschriften der StPO., sowie des StGB. gebraucht werde, so z. B. in § 22 StPO. und § 65 Abs. 1 StGB. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch äußerlich und verkennt, daß die StPO. nicht aus einem Guß ist. Es ist eine in jedem Gesetz vorkommende Erscheinung, daß der gleiche Ausdruck, in verschiedenem Zusammenhang gebraucht, verschieden zu verstehen ist. Gerade diese Vorschrift befand sich noch nicht in den Entwürfen, sondern ist erst auf das besondere Verlangen des Reichstags aufgenommen worden. Eben deshalb ergibt sich nichts für die Auslegung daraus, daß das Wort „Verletzter“ in einem anderen Zusammenhange in anderem Sinne gebraucht wird.

Ein weiteres ebenso äußerliches Argument bringt die angezogene Entsch. des KG., indem sie sich darauf beruft, daß die Vorschrift des § 172 StPO. als Einschränkung des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft eine Ausnahmebestimmung sei, die als solche restriktiv ausgelegt werden müsse.

Die Auslegungsregel, daß Ausnahmevorschriften eng interpretiert werden müßten, ist nur von fragwürdigem Werte. Mit der Feststellung, es liege eine Ausnahmevorschrift vor, ist noch gar nichts darüber gesagt, wie weit der Gesetzgeber die Ausnahme ziehen wollte. Diese Frage aber kann nicht rein äußerlich, sondern nur aus Sinn und Zweck der Bestimmung beantwortet werden. Ebensowenig überzeugend ist der dritte Gesichtspunkt, auf den sich die Freunde der engen Auslegung stützen. Es wird nämlich noch geltend gemacht, daß der Kreis der mittelbar Verletzten unbeschränkt sei und jede Möglichkeit einer sicheren Abgrenzung für die Gerichte fehle. Dieses Argument ist das einzige, welches nicht rein äußerlich ist, sondern das Problem materiell berührt. Allein auch dieses Bedenken greift nicht durch. Die Grenzziehung ist sehr wohl möglich. Wie sie zu geschehen hat, hat schon das RMilitärG. klar und eindeutig ausgeführt:

> „Als Verletzter ist derjenige anzusehen, der an der Durchführung des Strafverfahrens ein rechtlich begründetes Interesse hat, mit anderen Worten, der durch das in Frage stehende Delikt in seinen Rechten (privaten oder öffentlichen) unmittelbar und auch nur mittelbar geschädigt worden ist“ (RMilitärG. Bd. 10 S. 188).

Andererseits sagt diese Entsch. zutreffend:

> „Es muß die Verletzung eines geschützten Rechts verlangt werden. Eine Ausdehnung auf die in ihren Gefühlen, in ihrem moralischen oder allgemeinen Rechtsbewußtsein Verletzten, ist unzulässig.“

Hiermit ist eine scharfe Grenze gezogen. Es wird sich in jedem Einzelfalle mit Sicherheit die Frage beantworten lassen, ob eine Einwirkung in die Rechtssphäre stattgefunden hat, oder ob bloß wirtschaftliche Interessen oder moralische Gefühle berührt worden sind.

Wendet man den hiernach gewonnenen Grundsatz auf den Fall der Tötung eines Menschen an, so ergibt sich, daß nicht die Angehörigen eines Getöteten schlechthin zur Stellung des Antrages auf gerichtliche Entsch. berechtigt sind. Es muß verlangt werden, daß durch die Tötung in die Rechtssphäre des Antragstellers eingegriffen wird. Verletzt sind hiernach die unterhaltsberechtigten Personen, insbes. also Eltern und Kinder, sowie der Ehegatte des Getöteten, die durch die Tötung ihr Recht auf den Unterhalt verlieren. Der Vater eines minderjährigen Kindes wird durch die Tötung in seiner Rechtssphäre auch insofern verletzt, als er die elterliche Gewalt über das Kind und die damit verbundenen familienrechtlichen Befugnisse, wie das Recht der Sorge für die Person und das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen einbüßt. (In diesem Sinne auch OLG. Dresden in den angeführten Entsch.)

Wie wenig die hier abgelehnte Auffassung befriedigt, ergibt folgende Erwägung:

Der § 172 StPO. bildet ein Gegengewicht gegen das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und eine Sicherung für die Durchführung der aus dem Anklagemonopol sich ergebenden Pflichten der Staatsanwaltschaft. Es wäre ein sinnwidriges Ergebnis, wollte man für die Delikte geringeren Grades, wie Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Raub, schwere Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Nötigung usw., den Schutz des § 172 StPO. gewähren, aber die Sicherung der Verfolgung des schwersten Vergehens gegen eine Person, die das Strafgesetzbuch überhaupt kennt, des Mordes, versagen.

Es wäre danach überhaupt nicht möglich, bei dem schwersten Delikt die Erhebung der Anklage durch Anrufung des Richters zu erzwingen. Der Verbrecher, der den Vorsatz des Mordes verwirklicht und den Angegriffenen tatsächlich getötet hat, stände danach besser da, als derjenige, der einen Mord bloß versucht hat; denn ist es beim Versuch geblieben, so lebt der unmittelbar Verletzte noch und ist in der Lage, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen. Ist aber der Mordplan geglückt, so ist der unmittelbar Verletzte nicht mehr am Leben, und es könnte nach der hier bekämpften Auffassung niemand die Erhebung der Anklage erzwingen. Diese Paradoxie kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Es ist daher zu wünschen, daß alle OLG., die ja praktisch fast ausschließlich Gelegenheit haben, den § 172 StPO. anzuwenden, den zutreffenden Erwägungen des RG. und des RMilitärG. folgen und die weitere Auslegung des Begriffes „Verletzter" sich zu eigen machen.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Privatklage gegen Unbekannt?

A. fühlt sich beleidigt durch eine über ihn einem Dritten mitgeteilte ungünstige Auskunft eines Auskunftsbüros. Er weiß nicht, wer dem Büro diese Mitteilung machte, das Büro verweigert darüber die Auskunft. A. erhebt darauf Privatklage wegen Beleidigung gegen Unbekamt und benennt den Vertreter des Büros als Zeugen. Das AG. eröffnet das Hauptverfahren, lädt den Vertreter des Büros als Zeugen, nimmt diesen, als er das Zeugnis verweigert, in Ordnungsstrafe und ordnet weiterhin Zwangshaft gegen ihn an. Das LG. als Beschwerdeinstanz läßt die Ordnungsstrafe bestehen, hebt aber die Zwangshaft (wegen des Interesses des Büros an Geheimhaltung) auf.

Ich lasse an dieser Stelle dahingestellt, ob der Vertreter des Büros ein Zeugnisverweigerungsrecht (wegen Gefahr eigener strafgerichtlicher Verfolgung) hatte.

Mich interessiert hier nur die Privatklage gegen Unbekannt. Ihr gegenüber scheint es mir wissenschaftlich wie praktisch wünschenswert, festzustellen:

Es gibt keine Privatklage gegen Unbekannt, die Erhebung einer solchen Klage kann vielmehr nur als eine juristische Merkwürdigkeit bezeichnet werden. Klagen heißt nicht Unbekannte verfolgen, sondern gerichtliche Entsch. verlangen über einen bestimmten Täter wegen einer bestimmten Tat. Das ergibt klar das Gesetz selbst und ebenso zweifellos folgt es aus grundsätzlicher Erwägung.

1. Nachweis aus dem Gesetz: Vor der Klagerhebung muß Sühnetermin erfolgen (§ 280), also der Bekl. benannt sein. Die Klage selbst muß den Erfordernissen der öffentlichen Klage entsprechen (§ 381). Sie ist alsdann dem Beschuldigten mitzuteilen (§ 382). Daß die öffentliche Klage Tat und Täter bezeichnen muß, ist völlig zweifellos (vgl. dazu §§ 170, 179, 200 StPO.), vgl. z. B. Löwe, zu § 200 Nr. 3; Birkmeyer, Strafprozeß S. 589/90.

Eine Klage gegen Unbekannt ist daher nicht ordnungsmäßig. Sie ist abzuweisen, nicht aber darauf ein gerichtliches Verfahren einzuleiten.

2. Die Notwendigkeit der Benennung des Täters folgt ferner aus den Grundlagen unseres heutigen Strafprozesses. Das Anklageprinzip überträgt die Verbrechensermittlung und Klagerhebung auf eine selbständige Behörde, die Staatsanwaltschaft. Es beschränkt damit das Gericht gerade im Interesse der Gerechtigkeit der Rechtspflege auf die Aburteilung des Täters und der Tat, wegen der die Staatsanwaltschaft Klage erhebt.

Genau dasselbe gilt grundsätzlich für die Privatklage. Denn der Privatkläger macht den staatlichen Strafanspruch geltend, nicht etwa ein Privatrecht. Auch wenn letzteres der Fall wäre, müßte selbstverständlich der Bekl. bezeichnet werden. Denn es gibt auch im Zivilprozeß keine Klage gegen Unbekannt.

3. Man fragt sich, wie der Kl. auf den erstaunlichen Gedanken einer Klage gegen Unbekannt überhaupt kommen konnte: Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft stehen dem Privatkläger keine amtlichen Methoden zur Verbrechensermittlung zur Verfügung. Er kann daher kein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt führen, sondern erst klagend vorgehen, wenn er Tat und Täter bezeichnen kann. Diese Schwierigkeit suchte offenbar der Kl. zu umgehen, indem er Klage gegen Unbekannt erhob und damit, leider mit Erfolg, das Gericht zum Einschreiten gegen einen unbekannten Täter zu veranlassen suchte. Kurz ausgedrückt: Der Privatkläger führt durch sein Verfahren eine gerichtliche Ermittlung gegen Unbekannt herbei. Verbrechensermittlung gegen einen unbekannten Täter aber ist niemals Aufgabe des Gerichts, sondern Aufgabe der Staatsanwaltschaft und im Privatklageverfahren persönliche Angelegenheit des Privatklägers. Das irrtümlich eröffnete Hauptverfahren ist daher durch Urteil einzustellen, weil die Prozeßvoraussetzung ordnungsmäßiger Klage fehlt.

Geh. JR. Prof. Dr. R. v. Hippel, Göttingen.

Entgegnung.

Unterbrechung der Verjährung beim Bannbruch sowie den Ein- und Ausfuhrdelikten.

Die von Cordes: JW. 1928, 2007 beklagte Gesetzeslücke besteht in Wahrheit nicht. Die Vorschriften der RAbgO. gelten für den Bannbruch nur, soweit sie, wie dies in § 462 RAbgO. für das Strafverfahren geschehen ist, ausdrücklich für anwendbar erklärt sind; denn der Bannbruch ist keine Steuerzuwiderhandlung i. S. der RAbgO. (§ 1 Ges.). § 384 RAbgO. ist daher für den Bannbruch allerdings nicht maßgebend, wohl aber § 419 Abs. 3 StPO., nach welchem der Strafbescheid der Verwaltungsbehörden die Verjährung unterbricht. Die Annahme, daß § 449 RAbgO. die Anwendung dieser Vorschrift ausschließe, ist irrig, da, wie gesagt, der Geltungsbereich der RAbgO. nur die Verfahrens-, nicht aber die materiellen Strafvorschriften bez. des Bannbruches umfaßt, die Vorschrift des § 419 Abs. 3 aber dem materiellen Recht angehört. Es ist aber unbestritten, daß, soweit die Strafvorschriften des VZollG. ihrer Ergänzung aus dem allgemeinen Strafrecht bedürfen, diese einzutreten hat. Man könnte höchstens einwenden, daß auch § 419 StPO. nur von Strafbescheiden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben, also nicht auch wegen Bannbruches rede. Doch sind in diesem Falle die genannten Worte weiter auszulegen; sie begreifen auch die Zuwiderhandlungen gegen die Ein-, Aus- und Durchfuhrverbote. Daß dies allgemeine Ansicht ist, ergibt sich klar aus dem preuß. Ges. betr. das Verwaltungsstrafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze usw. v. 26. Juli 1897, welches nach seinem § 1 auch für die Zuwiderhandlungen gegen die Einfuhr- usw. Verbote gilt, trotzdem § 6 Ziff. 3 EGStPO. das Landesrecht entsprechend dem Wortlaut des § 419 StPO. nur für die Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle aufrechterhalten hat.

RegR. Dr. Horstmann, Köln.

Vereinigungen.

Die Deutsche strafrechtliche Gesellschaft

hielt am 30. u. 31. März ihre ordentliche Jahrestagung in Bamberg unter dem Vorsitz des Geheimen Rates Prof. Dr. Oetker ab. Die Reichsjustizverwaltung sowie die Justizverwaltungen der größeren Länder hatten wiederum Vertreter zu den Beratungen entsandt. Besonders ist zu verzeichnen, daß der bay. Staatsminister der Justiz Gürtner persönlich einem Teil der Verhandlungen beiwohnte. Den ausführlichen Verhandlungsbericht enthält der GerS. 97, 1 ff.

I.

Geheimrat Prof. Dr. Oetker hielt ein Referat über die Anrechnung der Untersuchungshaft. Aus den im GerS. 96, 321 ff. wiedergegebenen Ausführungen sei folgendes besonders hervorgehoben. Untersuchungshaft und Strafe sind ihrem Wesen nach verschieden, gerade wenn man wie heute den spezialpräventiven Charakter der Strafe betont. Die Anrechnung der Untersuchungshaft widerspricht daher dem eigentlichen Strafzweck, wird aber allerdings durch die Billigkeit gefordert. Dieser Widerstreit läßt sich nur durch ein Kompromiß lösen. Für die Abwägung der beiden Strafzwecke gegeneinander müssen dem Richter feste Richtlinien gegeben werden. Gegenwärtig wird die Anrechnung in der Praxis mit bedenklicher Willkür behandelt. Die Frage, ob die Untersuchungshaft verschuldet oder nicht verschuldet war, ist allerdings unpraktisch und läßt sich als Kriterium nicht verwenden, wie das die Rspr. zu Art. 83 BayStGB. 1861 beweist[1]). Die Einzelforderungen des Referenten sind aus nachstehenden Thesen ersichtlich.

1. Eine erlittene Untersuchungshaft ist bei Fällung des Urteils nach Maßgabe der Bestimmungen unter 2—5 auf die erkannte Strafe anzurechnen.

Untersuchungshaft in diesem Sinne begreift jede Freiheitsentziehung, die zur Durchführung des Verfahrens angeordnet war[2]).

---

[1]) Vgl. dazu den Komm. Dollmann Risch, der zu dieser Bestimmung 55 Seiten braucht.

[2]) Ein Anspruch auf Anrechnung einer gem. § 230 Abs. 2 StPO. verhängten Haft besteht nicht.

G'! + ! 6 " "! 6 ! 6 *) (! ' (! 6 !
' * 3' " "J ! (! G !
G'! 8 ! 6 " 4 ' (! (! ! "! (! "! 6!
) " " ! ! * Z! ('! G 6 '((! GJ ! "! ' " ' (('!
"! (! G (!(! ! (' (
C G! !" '("' 3! 6J " ! (! 3! J "! ! 8 ! 6 " 4
' 3 X " ! 6 !
G'! ! " ' " J "'* Z!' (! GJ ! ('4 ' 6
(! (6 " (! Y J "'(!' !' ! ! J "! " (! 8 ! K
6 " 4 I! (!"! + 7 6
('! " 3 X ! (! (! G J ! ' `! (+ " ('! 8 ! K
6 " 4 L !' " , M " 7 " !4 ! * ('! (! "!(! K
' ! (
7 4 F! 4 Y (!I 8 !' *
(7 !' ! X' !" " !' ! F! 4 ' ! (! '!(! * (!
(!' "! !" ! F! 6 ' ! " + ("! ! (((! !' (! ('!
G' !"! ' ("! ! ' * 4 ! (# ! !' ! X Y J " (K
"!"!(! (B
7 3 (! Y Y+ (" (! 8 !' * Z! !' F! K
' ! (! "!Y 4 (8 !' " !' ! G ! ("!J (!
\ (! '
' (!' 3 "!Y !' "! !" ! F! 6 ' ! K
" J "' 3! Z ! * ' ('! 8 ! 6 " 4 L !' " , G (7*
('! (! + "!Y !' (! ! (+ (" (! 8 !' (' I (!K
Z! " (! F! 4 ' ! ! ' ! ((! ! 6 " ! ? "!
2 3 (! (! ! !' ! 4 !' ! 6 ((! X !' 6 "
" F X ! Y " (! ! ! "! ! * ('! $!' 3 (!
! 6 ! & " X' '! ! " " ('! " J ("'! G
('! G "!' ' 7 " ! 6 !
F 6 "! ! 6! Z (! ('! ! H ! ! ' "! !' !
"! ! " ! $ ' " (! F! ! ! ! '
"! (! (! "!
$ G'! ! 6 " "! 6'! 6 * 3 (! 6 ' 4 (! 6 !
' * ' (! 3!' !* (# 7 ! 6 " ('! 3! 6J " ! G J !
(!' ! ' (' 6! [(! ! 6!'
$ G'! 8 ! 6 " (' 3 " ! 6 ! * Z! !' !
3! 4J ' J#"' "! ' "! G J ! 3! Z' ! !'6!'

55

F > I ! (F #! 5 +4 ! ' !' ! F! ! +(!
(G (! !(3! (! LE! G D * D 7 ' Z! ! ' (! K
"! (! E G (! !(3! (! ' !' ! "! 6' 6 " 6!
8 " 4 !' ! F 6(' (" (! "'3' ' ' 4! F (3! 6 ! *
((0 ! 6 ' 4 ('! G 6 '((! ' "!' * (! ' 6 ! " !X! *7
(! 4 ! # "!# !' ! F X ! Y " ' ! + !' G ! 6
" "!Z' ! * G'! F! 6 Z' Y Y! ('! ! k' ! 3! 4 (!
GaZ!"! (! 3! ! ! ('! (!" ("' ! H " (! 6 "
! 7 ' (G (! !(3! (! ' ('! ! G' !' 8 ! K
Z! " ! (! G'! ! G((! ((! G (! ! 7' ' Z! ! K
' 6! 4 4 4 (! 4! "'! F! 4 * Z! 4 (F! 6 !
(! ! 3'! 7 " $Z! Y Z' Y ' 4! GJ6 (! !X " 3!' !' 6 !
H ' ' ' J "!(4 \' ($ ('! ! F! \! (" 3'! ! ! (!
Y!' ! (^' 7! (! G' 6! 6!' ! G! F! ! ! ! ! "! (! !' K
+"!
, E G (! !(3! (! ' "! ' 4 "' 8 ! \! " K
3! (! " "! ! ([(! ! "! ' G (! G K
\ ! " 3! 6 J !
G! ,F # " (! Z 6 4 !
!"! ! 8 ! 6 4 " (! G 3! ! <A ! ! * Z! (! "
4' !' 6! ((! !(!" "' (! 6 ' 6 !' Z (!' '
G'! ' ! (! [(! !' " ' ((! ' 6! -! 4 !
\!(! ' "! X' 6! ' (! * 7 (G) " K
(! 7 # (! ,F 4^ ! "! +4 \! (!
C $ G (! !(Z' (('! G ! !" "* ' 4 (!
G 6 (7 ! 6 J "' G' G' " ' (G !"' ! ' (!
' 4 $!' ! J ! ! F! 6 ! 3 G! ' 6 ! (! 2 ! K
Z " (! 7) (! ((! F! ! (! G ' 4 !("' ' ((!(
"! (! (! !4 "! +4 Z! (!
G !(! ' !' 4 ' ' 6! 8 ! 6 ' " 3! (! +
!' (! F! "! 6! " " ! * ' \! 4! (! F' 6 ! 4 J ('K
"! (! !'! 3!Z!' 4 ! (4 F 4) " (! YK
6 ("' ! !' 8 !' ! J# * "!"! Z! 4! (! F !' ! + (K
'!"! F! 6 (" "! (
4 J "! ! 6! # ! ('! F! "* !((!
F! ! ! !' ! G4! ! " + Y"!" "! (!* "! (! X 6 '!# "
E I G (! !(3! (! ' (!'J (!(! G'!](! " ! 6!
(! I C. 53 G b 3!((! I! (!" " () !
!' ! F G! J " ' [3'!(! !' !" " (3'!(! (! (!
! (! J3]3 (!I ! !' ! ' (J " !

555

> % " E) (! * G "! * ! ! '! ! +(! (!
(7 ' (! X Z +(! ('! G' " 7(!']! (! (! L3"
G! G D * . 7 F! ! ! "' " (3 * (# ('! $ '! "
(! G' ' ((!' (! '(! !' ! 3! J (' (! X' +4 " ' ('! '!K
(+ ' ! (!) 5(! 3 !66 ! * (('! 3' ! 7 (" J"!

4 (!* (('! !' ?! ! X Z!' ! "! (! G (! J (! (G /
()("! (! G (! 6 (! " "! +("'! X Z ' K
! * ' 3! (J ' " G)9! (! G 6 '('! ! ((('! YK
' "! !' ! !' 6! (! G !(" "!Z 4 ! * G'! Z' 7K
"' ! G' "! (! "! ' (6 "!"`! !' J"! " ! !(!
, M ' " 3!" +(! * (# (! G Z ('! 3! !(! (! > ("
" 3 (" (! "! ! 6 " 6! G' ' ' " (J" ' 7 ! 4 ! Z'
Gg'! F' (! "! * Z! 4! ! ' (! II 2 * 22* D.* DC*
. . "!"! +(! (! "! ! (! F! ! ('! 6 * ' ("! ! 4 q
! "'
G'! 3 "! !(! ! X 4)4 "! (! G (! ! (!4 ! *
' (! (! (! I .D* !' ! Y" + ("
C G'! G (! J (! (! !' "! ! G' ' 6(!' (! '(! ' ' 6
(Z!" ' "! +"! (! G (J !* " G!' 4 " Z!' "! # (
! 4 ! (!' (! F) "' " (! '(! 4 ! 4!(' 4! 8 " !' 44!' !
G'! G 4J " + 6Z! ! $ "! ((! G /
(! !' " " ((! G(! ' '! " "Z' 4! (! G ! ((!
Y !" ! Z! (! ' "! ! 4 ! "' ! (' '(3!((!
G'! $! (('! FJ ! ' (GJ ! Z'! !/
!" ! +(! (" !' 6" ! ! * Z ('! F (! G! '(! ! ' B
3! ('! ! ! (' 6! '!(! ' ' 4 ' G J ! " 3!(4!
G'! 8 " 6 ' G'! ! ' (! I ' (" "
!' (!
$ (! (' " Z+ (! J ' #! G(! ! * ' 7 !
3 G(! ! D * ('! (! F! ! ! ! (" + "'! ! 4 !*
!' ' "' "! ! ! (! Z+ (! 4 (! 6 " (!
F! ! ! ! 7 "! (! G(! ! "! !
G 6 (! " !' 6"! 6 !4 ' 4! ! (!(! =FJ ! 4 !'
G Z Z!' ! 4' (3 !'(! * ' " 3!" +#!
,, '(G " > I ! (' 4! 5* 3+ " "

2 II ! 2 2

LG"' " ,2 $ ' ,D 7

n '!'4 Z > "' " ' " ((* ! ' 6 '! (' 4
F'!" 6! !(" + ('! F! 7 ! \' " (! G!"! K
Z * G! (((! ,7
G 7 (!(! Z! (5F'!" (! ((6 '!# ' 4 !'
' (+ "'! ! ('! H! 4! * ('! G J ! (" 4 !
'!" 4 ! G ! " (! " NG 6 '((G J !O " K
' ! ((! "!((' 6! (!' ! !# ! 8+ F'!" 6!
' (" "! 3! "! #! ! (' ! ! !"! ! F ! ("'(!' 3 ' Z'
"! !' 4' N() !O ! ! * ' + ('! X Z' Y " (! [F! ((!'
!(! Z! ("'* Z'! (G ! ' ('! ! (' 7("L(! M (/
!" ! " ' !' ' 4 ((! (! H ' ' 'J ((! " (^
'!(! G !4 ' 7 "!) H!' ! ! (' 6! > ("* ('!
'4 ! G! (! (" (!(!(' * (3! ! 6! (!'(! * 4 ! (K
Z! 6 ! ("!"! (! 6! "'! " ! "'! ! * (! (E5!' ("!Z' (('! !
) (") F'!" 4! 3! ' (! !' "! 4 J ((! ! ' 'K
' 4! G ((X 3! '! "' (4 ('! (! (! ! ! "
(! X' ' ! (! 8 (!Z # ! * G '!((! + ('! ;" ("!
(! F! 6! $ Z!' ' F'!" 4! #! (! '4 3'! ! 3
(! 3 Z!"* Z "J ! 3 $! ((!' ! G 4 ! 3! ! !
Z (! ' 3! ' (! G (8 (!Z # ! (!' (! ' (" (!
G 4 + ! ( ) ' ! !' ! ! 6!'(! (! F '! '! * \! Z' 3
6! ! H (! G '!(!* (! ' ! ! $! 3 "!# * (J
! Z Z' ! * NZ! Z' 3 ('! ! ' 4 ' ! (3! ! ((/
'! ! (! F!4 ' +(! 4 (! !" ! X "!(' ! "!/
\ 4 Z! (! O* ("!Z' ('! "!* (' (' 7 ! (
G (6 " ' '! ! (Z' Y! Y) ! * ! ! Z! ! ' 7 3! /
J (! ! !(! ' " "! '4 (! X' ! * (! (G '!(4 K
8 (!Z # ! X Y! ' (I (! (! > ! 4! +(* () K
! Z' (! G 4 ((!" ' * Z'! Z' '4 (' 4! ! * ' 7
!4 !4 ! 6 !
(! ! (Z! Z' * F'!" 6! "! (* ' +4! ! (!
! ! $ ' "!"Z "! !' Z! (! * (!' G 7 ((!" ' !' " "!(! *
@ ' (' 4 'h4 ('! (! Z ! * ((Z'! (/
6!(' ('! G! !' 4 "!"! !' ('! G! !"! (! G! 4!' (! /
!"! (! ! 4 ! " ! "'! ! 4 0 8 (4J "" 3 G 6 '(K
3!" ' (!'((# 3 ! (! 3! Z " 4 ! G 6 '(
") ! G'! ! !" ' (! ! Z " Y) ! Z' ' 4 ! K
3!4 ! 3! ' ! (! !(! (! G! 4!' ' 4 !' (! * 4
' 6 '4 "!"! +(! 7 " 3! Z ! >4 ! ! Z " "'(
! Y!' ! E! !' 4 G # "!"! +(! ' "' ! I (" (!
G! 4!' ! "! ! #* 4 4 F'!" 4! " !' ! " (K
" ' 6! ! 7 ' ! " ! Z'!(! 7 ! Y $'!
4Z!("' ('! G! (! Z " (! GJ ! 4 ('! G (! /
! !" ! H' ! (! J 4! (" (! G! !' 6)(' 4! 4J
F'!" 6! ' X' Z' "' " (! " G) ! (! + " J "' 8 "!0

,7 G' h +4 ' 4! ((((! "! * (! ')! !' !
\) '4! 3'!(! " (! (! (! " ! = ! ! !' ! 4J * ' (!
'4 ' (! $ F 3 , , FJ " ($ (' (! $ 4 ! (! '4
(! $ ' ' 4! G! !X 4

achtet dieser Zielsetzung bleibt uns die Aufgabe der Gegenwart, der Kriminalität in all ihren großen und kleinen Auswirkungen entgegenzutreten, nicht erspart. Wie sollen wir sie erfüllen, wie sie angesichts der positiven Ergebnisse der modernen Wissenschaft noch rechtfertigen? Die generalpräventive Wirkung der Strafe schrumpft heute auf ein Minimum zusammen. Wen es triebhaft zum Abenteuerlichen, Gefährlichen hinzieht, bei dem wird die bloße Strafandrohung nur eine geringfügige Hemmung auslösen. Im Gegenteil wird vielfach das staatliche Verbot noch den Anreiz zum Abenteuer steigern. Diese die Kriminalität steigernde Bedeutung der Strafe hat in der allerjüngsten Gegenwart einen ganz besonders bedrohlichen Umfang gewonnen, seitdem das Tribunal zur Szene geworden ist, seitdem Berichterstattung über Verbrechen und Strafverfahren, seitdem sogar die Memoiren des Verbrechers zum sensationellen, Spalten füllenden Stoff führender Tageszeitungen geworden sind. Auch der spezialpräventiven Funktion der Strafe kommt heute nicht die Bedeutung zu, die ihr in den öffentlichen Erörterungen so oft beigemessen wird. Nachdem die modernen Juristen geglaubt haben, die vormals herrschende Lehre von der *Vergeltung* nicht mehr als zeitgemäß ansehen zu können, haben sie versucht, die dem Verbrecher auferlegte Strafe unter dem Gesichtspunkt der *Erziehung* zu rechtfertigen. Mit keinem Gesichtspunkt aber werden wir heute mehr Schiffbruch erleiden als mit dieser Rechtfertigung der Strafe. Weil nur zu lange die Erzieher die Hauptfunktion der Erziehung in der Strafe gesehen haben, sind wir Juristen schließlich auf den Gedanken gekommen, daß die Hauptfunktion der Strafe die Erziehung sein solle. *Nietzsche* hat bereits auf alles das hingewiesen, was sich heute in verstärktem Maße jeder Erziehung durch Dritte entgegenstellt. Er verweist darauf, daß heute die ältesten und neuesten Kulturmächte, wie in einer wilden Volksversammlung mehr als je verstanden werden wollen, daß sie um jeden Preis durch ihre Stimme, ihr Geschrei beweisen wollen, daß sie noch existieren oder daß sie schon existieren. Die armen Lehrer und Erzieher seien bei diesem Lärm erst betäubt, dann still und endlich stumpf geworden und ließen alles über sich ergehen, wie sie nun auch alles wieder über ihre Zöglinge ergehen ließen. Sie selbst seien nicht erzogen, wie sollten sie erziehen? Das Windfahnenhafte der erzieherischen Methoden und Absichten erklären sich aus diesem chaotischen Übergangszustand. Gilt dies schon von der Einwirkung auf die bewußte, normale Psyche, um wieviel schwieriger gestalten sich wirklich erzieherische Einwirkungen auf das kaum bekannte, kaum erschließbare Triebleben, noch dazu das Triebleben des von der Norm abweichenden Verbrechers.

Trotz alledem haben wir gestraft und werden wir in Zukunft strafen müssen. Der Wendepunkt, an dem wir stehen, ist der, daß wir nunmehr gezwungen sind, das Wesen der Strafe wieder aus sich selbst zu begreifen. Es hilft nichts, die rationalistischen Theorien, denen wir in den letzten Jahrzehnten zur Selbstrechtfertigung unseres Strafrechts vertraut haben, versagen in demselben Augenblick, wo wir im Begriff sind, auf der Basis dieser Theorien ein neues Strafgesetzbuch aufzubauen. *In Wahrheit strafen wir deshalb, weil die Strafe auch heute noch an das Triebleben des Menschen anknüpft. Triebhaft gleich allen anderen Trieben ist auch der Trieb zur Vergeltung.* Auf ihm hat sich die Strafe bisher aufgebaut. Sie beruht im wesentlichen auch noch heute auf ihm. Der Staat, die Gemeinschaft, der verletzte Einzelne, sie bringen sich dem Rechtsbrecher gegenüber zur Geltung, indem sie vergelten. Freilich ist dann auch die Kritik *Nietzsches* berechtigt, die uns vorhält, daß Kriminalität und Strafrecht uns auf eine frühere Stufe der Kultur zurückschraubt, daß sie zurückbildend wirkt.

„Man denke an die Werkzeuge, welche die Gesellschaft der Notwehr halber sich schaffen und erhalten muß, an den verschmitzten Polizisten, den Gefängniswärter, den Henker. Man vergesse den öffentlichen Ankläger und den Advokaten nicht; endlich frage man sich, ob der Richter selber und die Strafe und das ganze Gerichtsverfahren in ihrer Wirkung auf die Nichtverbrecher viel eher niederdrückende als erhebende Erscheinungen sind. Es wird eben nie gelingen, der Notwehr und der Rache das Gewand der Unschuld umzulegen, und so oft man den Menschen als ein Mittel zum Zwecke der Gesellschaft benutzt und opfert, trauert alle höhere Menschheit darüber."

Die von uns gewonnenen Erkenntnisse enthüllen *die mit unserem Strafrecht unlösbar verbundenen tragischen Verflechtungen. Tragisch ist die Erkenntnis, daß wir die Schuld negieren und trotzdem an die Handlungen des Menschen Verantwortung, Strafe knüpfen müssen.* Viele Probleme innerhalb des Strafrechts und der Strafrechtspflege, die jetzt im Vordergrund der Erörterung stehen, verlieren an Bedeutung. Leugnen wir die Schuld überhaupt, so bedeutet die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit, nach der geistigen Gesundheit des Täters im medizinischen Sinne, höchstens etwas für den *Grad der Gefährlichkeit* des Täters. Der geistig Erkrankte wird meist der Gefährlichere sein. Die Abmehr ihm gegenüber muß unter Umständen noch stärker sein als die Abwehr gegenüber demjenigen, auf dessen Selbstbesinnung und Motivierbarkeit man rechnen kann. Und auch die Frage der Todesstrafe, die gegenwärtig die Geister wieder lebhaft bewegt, verliert an Bedeutung. Erkennt man, daß unsere Strafe auch heute noch an den Vergeltungstrieb anknüpft, so wird man Verständnis dafür haben, daß man die rechtswidrige Tötung eines Menschen mit dem Tode des Täters vergilt. Nicht, ob man mit dem Tode bestrafen darf, sondern ob man überhaupt strafen darf, das ist das tragische Problem der Gegenwart.

Diese Erkenntnisse wirken sich nicht nur auf dem Gebiet des Strafrechts selbst aus. *Nietzsches* hohes Ziel der Selbstverantwortung muß den Leitstern jeder Erziehung der Zukunft bilden. Je mehr die Menschheit zur Selbstverantwortung erzogen wird, um so weniger bedürfen wir der zwangsweisen Verantwortung im Wege des Strafrechts. *Strafen dürfen wir nur dort, wo der Gesamtheit kein anderes Mittel der Reaktion zur Verfügung steht.*

Angesichts der Tatsache, daß die Forschungen über die Bedeutung des Unbewußten und Triebhaften in der Fachwissenschaft selbst noch in keiner Weise abschließend geklärt sind, kann selbstverständlich nicht gefordert werden, daß diese Probleme in der bevorstehenden juristischen Kodifikation des Strafrechts einen fest umrissenen Ausdruck finden. Wohl aber kann zweierlei gefordert werden: Einmal, daß unser neues Strafrecht insoweit entwicklungsfähig gestaltet wird, daß es der Berücksichtigung des Unbewußten und Triebhaften freien Raum läßt, und daß ferner keine Verbrechenstatbestände bestehen bleiben, die mit den modernen Erkenntnissen der Bewußtseinsforschung unvereinbar sind. Insoweit finden sich in der Begründung zum Strafgesetzentwurf, insbes. zu § 69, noch grundsätzliche Irrtümer. Auch für den Kampf gegen die Meineidsseuche werden neue Gesichtspunkte gewonnen. Gewiß muß auch weiterhin das bewußte, auf Täuschung des Gerichts und der Gegenpartei gerichtete Komplott strafbar sein. Ist in Ausführung dieses Komplotts eine Verletzung der Eidespflicht erfolgt, so mag das strafverschärfend wirken. Daß man aber auch in Zukunft die bloße Tatsache einer Diskrepanz zwischen Wort und angeblichem Wissen des Zeugen ohne Hinzutritt irgendwelcher anderer Tatbestandsmomente zu einem zuchthauswürdigen Verbrechen stempeln will, ist unerträglich. Wir Juristen können uns nicht unter Mißachtung aller modernen Bewußtseinsforschungen zum Richter darüber aufspielen, *ob wirklich in demjenigen Augenblick, wo das Wort des Zeugen gesprochen wurde, Bewußtsein und Erinnerung voll funktionierten, ob nicht unbewußte, triebhafte Einflüsse das Denkvermögen des Zeugen täuschten. Wir können unmöglich diesen inneren, für uns überhaupt nicht kontrollierbaren Mechanismus zum Verbrechenstatbestand stempeln.*

Leipziger Juristisch-Medizinische Gesellschaft.

Vorsitzender Oberreichsanwalt *Werner.*

1. Direktor der Psychiatrischen Klinik in Heidelberg, Prof. Dr. *Wilmanns*; 2. Dr. *Max Alsberg*, Berlin: „*Verminderte Zurechnungsfähigkeit*".

Prof. Dr. *Wilmanns*:

Das Gesetz will den vermindert Zurechnungsfähigen als minder Schuldhaften *milder* bestrafen, als abnormen Menschen vor allem aber *anders* strafen, d. h. im Strafvollzug ärztliche und erzieherische Maßnahmen in den Vordergrund stellen, und ihn im Falle seiner Gemeingefährlichkeit *sichern*. Es erheben sich aber folgende Fragen:

1. Wird der vermindert Zurechnungsfähige im üblichen Strafverfahren als solcher erkannt werden, so daß seine mindere Schuld im Strafmaß Berücksichtigung finden kann?

2. Ist unser Strafvollzug so eingerichtet und kann er so eingerichtet werden, daß der vermindert Zurechnungsfähige die individualisierende Berücksichtigung finden wird, die gefordert wird?

3. Wird der Richter von der Maßnahme der Unterbringung in Heil- und Pflegeanstalten den Gebrauch machen, der im Interesse der allgemeinen Sicherheit verlangt werden muß?

Ich bestreite diese Möglichkeiten. Der Richter ist — ich darf mich dabei auf die Ansichten nicht nur der klassischen, sondern vor allem auch der modernen Schule stützen — nicht imstande, die Persönlichkeit des vermindert Zurechnungsfähigen im Strafverfahren zu erkennen. Nach den Untersuchungen der Psychiater, die in diesem Punkte übereinstimmen, sind die abnormen Menschen unter den gewohnheitsmäßigen Rechtsbrechern außerordentlich verbreitet. Sehr viele von ihnen sind als vermindert zurechnungsfähig zu erachten, viel mehr als der Gesetzgeber nur ahnt. Von diesen zahllosen vermindert Zurechnungsfähigen werden nur diejenigen als solche erkannt werden, die sich im Strafverfahren auffällig benehmen oder sich irgendwelcher schwererer Verbrechen schuldig gemacht haben; die große Masse wird übersehen werden.

Weiterhin: Unsere Strafvollzugsbeamten haben, solange überhaupt eine Literatur über den Strafvollzug besteht, vom Individualisieren gesprochen. Tatsächlich haben sie nicht individualisiert und sind infolge ihrer mangelnden Vorbildung und infolge der

Einrichtungen des Strafvollzuges nicht imstande, zu individualisieren. Ein stillschweigendes Einverständnis für diese Unfähigkeit bedeutet die Einrichtung des Stufensystems, in dem die Strafanstaltsinsassen nach rein äußerlichen Gesichtspunkten, d. h. nach dem hausordnungsmäßigen Verhalten, in Gruppen geteilt werden, ihre Individualität aber nicht berücksichtigt wird. Ein Individualisieren wäre allenfalls möglich, wenn man die vermindert Zurechnungsfähigen in besonderen Abteilungen oder Anstalten sammelte. Voraussetzung wäre eine völlige Umwandlung der Vorbildung der Beamten. Anderenfalls läuft alles auf sog. Etikettenschwindel hinaus.

Und endlich: über die Konsequenzen der Maßnahmen der Unterbringung in Heil- und Pflegeanstalten ist sich der Gesetzgeber völlig unklar. Er übersieht die ungeheure Zahl der Sicherungsbedürftigen, er übersieht die außerordentlichen finanziellen Lasten, die eine einigermaßen sachgemäße Durchführung der Maßregel voraussetzt, er übersieht vor allem, daß die große Masse der sog. vermindert zurechnungsfähigen Gemeingefährlichen auf unendlich lange Zeit gesichert werden muß. In dieser Maßregel liegt eine außerordentliche Härte, denn nichts ist schwerer zu ertragen, als die Freiheitsberaubung auf unbestimmte Zeit. Da es notwendig ist, die Leute zur Arbeit und in Zucht zu halten, ist es ausgeschlossen, daß man ohne Maßnahmen gegen sie auskommt, wie sie die Übelzufügung im Strafvollzug charakterisieren. Zwischen der Verwahrung in Heil- und Pflegeanstalten und dem modernen Strafvollzug werden die Grenzen sich völlig verwischen. Alle die Sicherungsmaßregeln, die in Frankreich, in England, in Norwegen, in Australien gegen den Gewohnheitsverbrecher gesetzlich festgelegt worden sind, haben sich nicht bewährt, da sie der Richter nicht anwendet. Norwegen hat eine besondere Berücksichtigung des vermindert Zurechnungsfähigen und Sicherungsmaßregeln im Falle seiner Gemeingefährlichkeit. Der Richter wagt aber nicht — offenbar in Erkenntnis seiner Unfähigkeit, über eine derartige Maßregel zu entscheiden — von ihnen Gebrauch zu machen.

Aus diesen Gründen bin ich gegen die Einführung der verminderten Zurechnungsfähigkeit in das Gesetz. Ich halte es für wahrscheinlich, daß sie doch eingeführt wird, ich bin aber überzeugt, daß sich das Gesetz nicht bewähren wird, sondern, zumal in gegenwärtiger Zeit des mangelnden Vertrauens zu dem gelehrten Richter, zu einer Erschütterung der Rspr. führen wird.

Seine Gegenvorschläge formulierte dann Wilmanns wie folgt: Der Richter mag die verminderte Zurechnungsfähigkeit des abnormen Menschen im Strafmaß berücksichtigen, wie er Verführung, gemütliche Erregung zur Zeit der Tat, schlechte Erziehung usw. mildernd berücksichtigt. Über die Sicherung soll er aber nicht entscheiden, da diese nur auf Grund einer genauen Kenntnis der Persönlichkeit, die eine eingehende Beschäftigung mit dem Vorleben des Angekl. erforderlich macht, möglich ist. Diese Aufgabe fiele einem besonderen Sicherungsgericht zu. Dem Strafrichter sowohl wie dem Strafvollzugsbeamten möge man das Recht geben, Anträge beim Sicherungsgericht auf Sicherung zu stellen. Das Sicherungsgericht, zu dem neben gelehrten Richtern auch Laien zugezogen werden mögen, hat die Entsch., und zwar sowohl über die Sicherung des vermindert Zurechnungsfähigen wie des voll zurechnungsfähigen Gemeingefährlichen, die sich praktisch durchaus nicht voneinander abgrenzen lassen. Nur so wird man Ungerechtigkeit und Fehlsprüche vermeiden können.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin:

Das Problem der verminderten Zurechnungsfähigkeit, das genetisch dem Fragenkreis der Medizin angehört, ist erst dadurch besonders bedeutungsvoll geworden, daß auch die Jurisprudenz versucht hat, sich mit ihm auseinanderzusetzen. Diese Auseinandersetzung ist deshalb besonders schwierig, weil die Medizin in naturwissenschaftlicher, die Jurisprudenz aber in geisteswissenschaftlicher Betrachtungsweise sich ihrem Gegenstande nähert. Dieser Gegensatz ist für die Gestaltung des Problems von grundsätzlicher Tragweite, bisher aber noch nicht recht gewürdigt worden.

Das Wesentliche dieser Differenz hat schon Kant gesehen, wenn er die Meinung vertrat, daß zur Behandlung krankhafter Geisteszustände der Philosoph neben dem Arzt berufen sei. Das gilt in erster Linie für die verminderte Zurechnungsfähigkeit, deren Wesen sich nicht in medizinischen Begriffen erschöpft, sondern die sich erst durch kulturwissenschaftliche Momente voll erfassen läßt.

Wird die Frage nach der verminderten Zurechnungsfähigkeit gestellt, so handelt es sich nämlich zugleich immer um soziale Bewertungen, die sich auf die Schicht geistiger Bedingungen erstrecken, von denen Eduard Spranger sagt, daß sie sich über die bloßen Naturbedingungen des Seelischen erheben. Diese geistigen Bedingungen des Seelischen sind mit der Besonderheit der kulturellen Lage eng verknüpft, weshalb unsere Betrachtung, die nur die juristische Seite des Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit erfassen will, sich bewußt kulturwissenschaftlich einstellt.

Von hier aus gesehen, müssen wir sagen, daß ein Individuum in medizinischem Sinne gesund und doch vermindert zurechnungsfähig sein kann, wie das von Strasser in dem Buch „Psychiatrie und Strafrecht" angedeutet worden ist. Die Frage dreht sich hier um die Motivationszusammenhänge komplizierter geistiger Prozesse, die nur noch verstanden, aber nicht mehr gesetzlich festgestellt werden können. Gemeint sind damit zunächst diejenigen Fälle, in denen die Handlungsweise des Täters sich nicht mehr in einen sinnvollen Zweckzusammenhang einordnen läßt und außerdem meist solche, wo eine geistige ästhetische, ethische oder sonstige Wertidee ein solches Übergewicht über den ganzen übrigen Wertkosmos erlangt, daß an ein harmonisches Ausbalancieren der einzelnen Wertsphären nicht mehr zu denken ist. Hierher gehören z. B. die Bücherdiebstähle von Gelehrten. Für die erste Gruppe von Fällen ist das Eifersuchtsattentat Grosavescu charakteristisch, die zugleich zeigt, wie solche geistige Strukturveränderungen sich mit psychischen Anomalien wechselseitig durchdringen können. Die Trennung, die der Vortrag zwischen beiden Erscheinungsgruppen vornimmt, ist deshalb nur eine methodische.

Der Haupteinwand, der gegen den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit gemacht wird, geht dahin, daß ja durch die Gewährung mildernder Umstände die Eigenart abnormer Fälle genügend Berücksichtigung finden könne. Dagegen ist das praktische Bedenken geltend zu machen, daß die Anerkennung, daß der Täter vermindert zurechnungsfähig war, nicht ausschließt, daß unabhängig davon die Zubilligung mildernder Umstände am Platze ist. Soll sich nun das Anrecht auf die Zubilligung mildernder Umstände nicht auswirken können, weil es bereits durch die Anerkennung verminderter Zurechnungsfähigkeit absorbiert ist. Methodisch aber muß es Bedenken erregen, wenn ein theoretisches Problem nicht seine Lösung findet, sondern nur durch eine praktische Verlegenheitshilfe aus dem Brennpunkt der Diskussion gedrängt wird. Zwar wird von Wilmanns der Einwand gemacht, daß der Richter nicht imstande sei, die Anzeichen einer verminderten Zurechnungsfähigkeit zu erkennen; der ist jedoch in der Literatur von Mezger widersprochen worden. Vom Standpunkt der obigen Erörterungen aus ist dieser Einwand insofern hinfällig, weil wir uns gezwungen sehen, Formen der verminderten Zurechnungsfähigkeit anzuerkennen, die überhaupt nur vor den Richter gehören und nicht Gegenstand einer psychiatrischen Begutachtung sein können.

Damit gewinnt die Persönlichkeit des Richters eine erhöhte Bedeutung für das Problem der verminderten Zurechnungsfähigkeit. Die jeweilige Eigenart seines Standpunktes ist maßgeblich für die Bedingungen, unter denen ihm der Angekl. als vermindert zurechnungsfähig erscheint. Was Max Ernst Mayer schon 1915 erkannte, ist heute fast selbstverständliche Voraussetzung der Geisteswissenschaften, nämlich: die Betrachtungsweise der geisteswissenschaftlichen Psychologie wird aus der Eigenart und dem Wesen des Betrachters gespeist.

Das ist um so wesentlicher, als der Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit heute noch ein zerflatternder ist. Die weltanschauliche Einstellung des Richters soll ihm erst einen konkreten Inhalt geben.

So führen unsere Betrachtungen zu dem Ergebnis, daß wir den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht ablehnen können. Dies Ergebnis gilt freilich nur mit der Einschränkung, daß die endgültige Entsch. letzten Endes von der Lösung der Allgemeinfrage abhängig ist: wie verhält sich die Psychologie überhaupt zur Jurisprudenz?

Die Vorträge der Referenten fanden stärksten Beifall. Bei der Diskussion beteiligten sich hervorragende Leipziger Juristen und Mediziner. Fast einstimmig wurde die Auffassung vertreten, daß ein zukünftiges Gesetz das Problem der verminderten Zurechnungsfähigkeit anerkennen müsse. Sehr scharf warnte dabei JR. Dr. Drucker, Leipzig, vor der Einführung von Sicherungsmaßnahmen in dem Ausmaß, wie sie vom Entwurf beabsichtigt seien.

Referendartagung in Köln.

Prof. Dr. Haymann, Köln, verlangte Durchführung der Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Reform des Eherechts. Die Vormachtstellung des Mannes müsse aufgehoben werden. Als gesetzlicher Güterstand sei Gütertrennung mit Zugewinnstgemeinschaft zu fordern. Die übereilten Eheschließungen der Kriegszeit und die veränderten ethischen Anschauungen seien die Ursachen für das Bestreben, den Scheidungsgrund der objektiven Ehezerrüttung ohne Verschulden gesetzlich zu verankern. Der Redner bekennt sich bis auf einige Ausnahmen zu den Reformanträgen, wie sie im Rechtsausschuß angenommen worden sind.

SenPräs. Dr. Schetter, Düsseldorf, will neben der rationelleren Wirtschaft die Sicherheit der Rechtspflege bei der Justizreform gesichert wissen. Er schlägt namentlich vor Einrichtung von Bezirks- und Obergerichten unter Fortfall der Amtsgerichte, Rückkehr zur Besetzung der Senate mit fünf bzw. sieben Richtern, Entlastung der Gerichte von Ehesachen, Neuregelung des Zeugen- und Armenrechts, Fortfall des Güteverfahrens.

RJM. a. D. Schiffer, Berlin, sprach vor 200 Zuhörern über „Krisenerscheinungen in der deutschen Justiz". Das Recht diene dem Leben. Es müsse deshalb mit dem Leben Schritt halten. Die im wesentlichen überwundene unechte Rechtskrisis sei entstanden durch die politische Krisis der Revolution und die wirtschaftliche Krisis der Geltentwertung. Die geglückte Revolution habe das alte Recht gebrochen. Die Rspr. habe den Weg zur Vermeidung der Rechtskrisis beschritten. An der Tatsache krasser Fehlurteile könne aber nicht gerüttelt werden. Der Richter müsse sich nach Ablauf der Schonfrist nunmehr auf den Boden des neuen Rechts stellen. Gegenüber der wirtschaftlichen Krisis habe zunächst die Rspr. versagt durch ihr Festhalten an dem Satz Mark = Mark, dann aber auch die Gesetzgebung, die mit den Aufwertungsgesetzen zu spät gekommen sei. — Die heutige Dauerkrisis äußere sich in der Rechtsfremdheit des Volkes, der Volksfremdheit des Rechtes, der Weltfremdheit der Richter. Es müsse Abbau der Überfülle des materiellen und formellen Rechts und Verminderung der Zahl der Richter verlangt werden. Der Richter müsse sozial, materiell und zeitlich besser gestellt werden. Starke Reformen seien erforderlich. Es helfe gegenüber der Notwendigkeit kein Widerstreben. Neues Leben baue sich nur auf dem Tode anderen Lebens auf.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn, führte aus, das Ziel des Strafrechts sei, die Wege zu finden, auf denen das Verbrechen in wirksamer Weise bekämpft werden könne. Die Kriminalistik der Vergangenheit habe teilweise versagt. Man habe nicht genügend auf die Folgen der Zukunft bei der Bestrafung geachtet. Der Redner nimmt Stellung zum Entwurf, zum Strafensystem, der Strafzumessung, der Behandlung der Unzurechnungsfähigen und vermindert Zurechnungsfähigen, der Alkoholiker, der gemeinschädlichen und gemeingefährlichen Typen, zum Jugendgerichts- und Strafvollzugsgesetz.

Prof. Dr. Rosenfeld, Münster, behandelte nach einem geschichtlichen Überblick die Hauptpunkte der Strafprozeßreform, die Organisation der Strafgerichte, das Legalitätsprinzip, die Stellung des Angeklagten und das Rechtsmittelsystem. Auch in hochpolitischen Sachen müsse das RG. Revisionsinstanz sein. Ein Schöffengericht genüge. Voruntersuchung und Eröffnungsbeschluß müßten beseitigt werden. Er verlangt weiterhin Erweiterung der Befugnis der Staatsanwaltschaft, Sachdarstellung in den Anklageschriften, ausdrückliche Belehrung des Angeklagten über sein Recht, die Aussage zu verweigern, Berufung in Schwurgerichtssachen, Ausdehnung der Revisions- und Berufungserstreckung, Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit.

LGPräs. Dr. von Sobbe, Cleve, schilderte den heutigen Stand des Ausbildungswesens in Preußen und den anderen deutschen Ländern, die Gründe seiner Reformbedürftigkeit, die Reformvorschläge und gab keine kritische Würdigung dieser Vorschläge.

Es wurde der einstimmige Beschluß gefaßt:

„Wir werdenden Juristen betrachten es als unsere nationale Pflicht gegenüber dem deutschen Volke, über die staatliche Ausbildung hinaus unsere Ausbildung zu erweitern und zu vertiefen. Wir erstreben namentlich, die großen Zusammenhänge des Rechts mit anderen Gebieten und zumal seine Auswirkungen in wirtschaftlicher, sozialer, politischer, kultureller und volkspsychologischer Hinsicht kennen zu lernen. Zur Erreichung dieses Zieles sind juristische Schulungswochen besonders geeignet. Auf diesem Wege wollen auch wir zur Behebung der Krisenerscheinungen in der deutschen Justiz unser bescheidenes Teil beitragen."

Die Bedeutung der Kölner Schulungswoche liegt namentlich darin, daß sie der Auftakt zu weiteren Schulungswochen sein wird, und daß der Referendarbund sich zu der nationalen Verpflichtung bekennt, die staatliche Ausbildung zu erweitern. Eine Schulungswoche des gesamten Reichsbundes wird in einigen Monaten stattfinden, falls von seiten der Ministerien Unterstützungen gewährt werden, was bei dem öffentlichen Interesse an gründlicher Ausbildung der Referendare nicht bezweifelt werden kann.

Ref. J. Krämer, Köln.

Schrifttum.

Regierungsrat Prof. Dr. **Peters: Zentralisation und Dezentralisation.** Berlin 1928. Julius Springer. 90 S. Preis 2,80 *M*.

Bei den Erörterungen über die großen Fragen der Verfassungs- und Verwaltungsreform in Reich und Ländern spielen die Begriffe Zentralisation und Dezentralisation eine Hauptrolle. Wie es aber so oft mit derartigen Grundbegriffen geht — fast jeder versteht unter dem Begriff etwas anderes als der andere. Der auf verwaltungsrechtlichem Gebiet bereits wohlbewährte Verf. hat es unternommen, in seiner bekannten klaren und gründlichen Weise die Begriffe Zentralisation und Dezentralisation wissenschaftlich zu durchleuchten und zu bestimmen, ihr Verhältnis zu anderen staatlichen Institutionen wie Selbstverwaltung, Demokratie, Diktatur, Monarchie und Republik, Unitarismus und Föderalismus zu untersuchen, ihre Vorzüge und Nachteile gegeneinander abzuwägen und die Möglichkeiten ihrer praktischen Anwendung im Bundesstaat und Einheitsstaat, insbes. in Deutschland, zu erörtern. Sehr nachdrücklich wird insbes. auf den großen Unterschied zwischen „administrativer" und „unabhängiger" Dezentralisation hingewiesen, die bei den Kommunalverbänden zu der überaus wichtigen Unterscheidung von „Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten" i. S. des Art. 72 preuß. Verf. führt. Um Fernerstehenden diesen Unterschied noch lebendiger zu Gemüte zu führen, dürfte es sich empfehlen, an Stelle des Ausdrucks „administrative Dezentralisation" durchweg die dem französischen Verwaltungsrecht entlehnte selbständige Bezeichnung „Dekonzentration" zu gebrauchen. Das Studium der Schrift kann jedem, der sich für Verwaltungsreformfragen interessiert, warm empfohlen werden.

Präs. des OVG. Staatsmin. Prof. Dr. Drews, Berlin.

„Der mittlere Justizdienst in Preußen." Gesetzliche Bestimmungen und Verwaltungsverfügungen unter Benutzung amtlichen Materials zusammengestellt von Dr. **Thiesing**, Ministerialdirektor im Preuß. Justizministerium, und Dr. **Weber**, Ministerialrat im Preuß. Justizministerium unter Mitwirkung von Amtsrat **Gundlach** im Preuß. Justizministerium. Berlin 1928. Verlag von Georg Stilke. 336 S. Preis geb. 6,50 *M*.

Nachdem am 1. März 1928 die Personal- und Dienstordnung für das Büro der preuß. Justizbehörden (Gerichte, Arbeitsgerichte und Staatsanwaltschaften) nebst Anhang, enthaltend die DO. für die Kanzlei — Buko— erlassen worden ist und die Bestimmungen über die Rechtspflegertätigkeit eine neue Fassung erhalten haben, wodurch ein gewisser Abschluß in bezug auf die Ordnung des mittleren Justizdienstes in Preußen herbeigeführt worden ist, sind die gesetzlichen Bestimmungen und Verwaltungsverfügungen über den mittleren Justizdienst in Preußen in der den Gegenstand der Besprechung bildenden Schrift zusammengestellt worden. Früher enthielt das zuletzt i. J. 1909 aufgelegte Werk von Müller „Die Preußische Justizverwaltung" eine umfassende Darstellung der Justizverwaltungsvorschriften. Dies Werk hat in der alten Form nicht bis auf die Gegenwart fortgesetzt werden können. Es besteht der Plan, zu seinem Ersatze nach und nach den gesamten Stoff in einer Reihe von Sonderheften zur Darstellung zu bringen und diese Sonderhefte, die leichter als das Gesamtwerk je nach Bedarf in neuen Ausgaben erscheinen können, dauernd auf dem laufenden zu erhalten, so daß für jedes Gebiet der Justizverwaltung die jeweilig geltenden Bestimmungen in übersichtlicher Form vorliegen. „Der mittlere Justizdienst in Preußen" ist das erste dieser Sonderhefte. Es gibt in knappster Form ein außerordentlich reichhaltiges Material. Die Ges. und VO. werden grundsätzlich im Wortlaut mitgeteilt und soweit erforderlich erläutert, in Teil I die reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen sowie die AusfVO. zu den Ges., in Teil II die Buko, in Teil III die Bestimmungen über die Rechtspflegertätigkeit. In Teil I haben die Vorschriften des Ges. über die Dienstverhältnisse der mit der Wahrnehmung der Geschäfte eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle betrauten Beamten v. 18. Dez. 1927 eine besonders eingehende Erläuterung erfahren. Als Teil IV ist ein nach Stichworten alphabetisch geordnetes Verzeichnis von Einzelverfügungen angefügt, von denen nur die wichtigsten im Wortlaut mitgeteilt sind. Teil IV bringt auch in chronologischer Folge ein Verzeichnis von gegenstandslos gewordenen Bestimmungen, 39 allgemeine Verfügungen und 89 Rundverfügungen; dies Verzeichnis erleichtert die Erkenntnis des geltenden Rechts und gibt zugleich einen Beweis dafür, in welchem Umfange die neuordnende Tätigkeit des Justizministeriums zu einer Umgestaltung des bestehenden Zustandes geführt hat.

Der Hauptzweck des Buches ist es, die praktische Handhabung des umfangreichen Stoffes zu erleichtern. Es beschränkt sich aber nicht hierauf, sondern bringt auch eine ausführliche geschichtliche Einleitung, in welcher die Entwickelung des mittleren Justizdienstes in Preußen von der Zeit der allgemeinen Gerichtsordnung an dargestellt ist und welche mit einem Überblick über die jetzige Ordnung des Bürodienstes und Kanzleidienstes schließt. Die Verf. bezeichnen es in dem Vorworte als das Ziel des Buches „allen an den Geschäften des mittleren Justizdienstes und des Kanzleidienstes beteiligten Kräften einschließlich der leitenden Justizverwaltungsbeamten ein Ratgeber zu sein und damit zum Einspielen der Büroreform beizutragen". Dies Ziel wird in vollendeter Weise erreicht; das Buch

ist aber nicht nur für die Justizbeamten, sondern für jeden unentbehrlich, der sich über die Büroeinrichtungen der preußischen Gerichte unterrichten will.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

Dr. jur. Ernst Friesenhahn: Der politische Eid (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Juristischen Fakultät, Heft 1). Bonn 1928. Verlag Ludwig Röhrscheid. 141 S.

Politische Eide nennt der Verf. Eide, welche die Staatserhaltung im bestehenden Bestande zum Zweck haben und von denen geleistet werden, die kraft öffentlichen Rechts auf den Gang des Staates einwirken (S. 13). Er behandelt mit reichem historischen und ausländischen Material die Eide des Staatsoberhauptes, der Untertanen, der Abgeordneten, der Beamten und der Soldaten und entwickelt feinsinnig ihr Wesen und ihre Funktion im Rahmen der verschiedenen geschichtlichen Staatstypen. Für deutsche Verhältnisse sind besonders interessant seine Ausführungen über den Eid des Reichspräsidenten und über den Verfassungseid der Beamten. Die Eidesleistung des Reichspräsidenten ist, führt der Verf. aus, seine Amtspflicht, und zwar seine erste Amtspflicht, so daß einerseits Eidesverweigerung auf dem Wege über eine Anklage vor dem Staatsgerichtshof zum Amtsverlust führen würde, andererseits (gegen die Meinung von Anschütz) Amtshandlungen des nicht beeidigten Reichspräsidenten ungültig wären (S. 51, 52). Der Verfassungseid der Beamten („Treue der Reichsverfassung") verpflichtet nicht nur zu passivem Verhalten gegenüber der Verfassung, dazu, „die Verfassung gewissenhaft zu beobachten", wie im wesentlichen OVG. und Reichsdisziplinarhof annehmen, vielmehr zu aktivem Verhalten. „Der Schwur der Treue auf die Reichsverfassung hat den Sinn, daß der Schwörende sich für die Grundlagen der Verfassung einsetzen soll. Wer der Weimarer Verfassung Treue schwört, der beschwört damit die Republik und hat die Pflicht, sich für diese Verfassung und die darin niedergelegte republikanische Staatsform ‚einzusetzen'" (S. 122 f.). „Wird man im Amt ein positives Eintreten für die Verfassung und die Staatsform verlangen müssen, so genügt für das Verhalten außer Amtes das Verbot der Beteiligung an verfassungsfeindlichen Bestrebungen. Dabei ist zu beachten, daß die vielgebrauchte Formel von den Bestrebungen zur Wiedereinführung der Monarchie auf ‚verfassungsmäßigem Wege' etwas Unmögliches enthält... Eine andere Staatsform kann nur auf dem Wege der Revolution eingeführt werden. Bestrebungen zur Herbeiführung der monarchischen Regierungsform sind daher verfassungsfeindlich." (Der Verf. legt bei diesen Ausführungen freilich den noch sehr erörterungsbedürftigen besonderen Verfassungsbegriff Carl Schmitts zugrunde). Gerade weil die VO. v. 14. Aug. 1919 über den Verfassungseid somit das Verlangen einer bestimmten politischen Gesinnung bedeute, glaubt der Verf. sie im Widerspruch mit Art. 130 Abs. 2 RVerf. Mir will eben in der glücklichen Formulierung des Verf.: aktives Verhalten gegenüber der Verfassung, Sicheinsetzen für die Verfassung nur die Forderung eines bestimmten Handelns und Unterlassens, nicht einer bestimmten Gesinnung gelegen scheinen. Die stoffreiche und anregende Arbeit ist als Gewinn unserer verfassungsrechtlichen Literatur zu buchen.

Prof. Dr. Gustav Radbruch, Heidelberg.

Dr. phil. Albert Bürk: Über das Wesen der Idealkonkurrenz. Eine strafrechtliche Untersuchung mit kritischen Ausführungen und Vorschlägen zur deutschen und österr. Strafrechtsreform. Stuttgart 1927. Kommissionsverlag von H. Hosers Buchhandlung. 104 S.

1. Kapitel: Die Tatbestände der einzelnen Delikte sind als unterste Speziesbegriffe disjunkt. So Urkundenfälschung und Betrug, wie Taubennessel und Löwenzahn oder Pferd und Esel. Eine Handlung kann nicht zwei solchen Begriffen unterstellt werden, die bisherige Auffassung der Idealkonkurrenz ist ein unerhörter Verstoß gegen die Logik, alle auf ihr beruhenden Verurteilungen sind schwere Verstöße gegen den Satz „nullum crimen sine lege", eine Handlung kann ebensowenig Urkundenfälschung und zugleich Betrug sein, als ein Maulesel nicht zugleich Pferd und Esel ist.

2. Kapitel: Die angeblich ideal konkurrierenden Verbrechensbegriffe sind interferierende (sich kreuzende) Begriffe. Wie kann das aber sein, wenn sie als unterste Speziesbegriffe disjunkt sind? Das liegt an der extensiven Unvollständigkeit der klassifikatorischen Begriffsbildung. Wenn in ausreichendem Umfang Subspeziesbegriffe (Hilfstatbestände) gebildet würden, gäbe es keine sog. Idealkonkurrenzen. In etwas schlichteren Worten habe ich auf diesen Zusammenhang schon 1911 (Das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen und Strafgesetzen, Österr. Ztschr. f. Strafrecht 3 S. 31 ff.) aufmerksam gemacht, was dem Verf., wie manches andere entgangen zu sein scheint. Warum aber bildet das Strafrecht nicht die fehlenden Subspezien aus? Hier erst (S. 50!) wird der Unterschied zwischen naturwissenschaftlicher und juristischer Begriffsbildung entdeckt, woraus sich nun freilich im Gegensatz zu Kap. 1 ergibt, daß der Maulesel im Strafrecht doch nicht so ohne weiteres verwendbar ist. Wenn aus dem Grundsatz der Strafenabsorption die „Deliktsabsorption" erschlossen wird, so wird dabei übersehen, daß die Strafe doch nicht die einzige Rechtsfolge des Deliktes ist und die Absorption überdies nicht uneingeschränkt gilt. Es folgt eine Rechtsvergleichung der Art, wie sie kürzlich ein von mir hochgeschätzter Kollege aus dem Reich mit den Worten kennzeichnete: man durchforscht womöglich das Strafrecht der Botokuden, aber das österr. Recht ist terra incognita.

3. Kapitel: legislative Vorschläge. „Wenn eine ... Handlung die tatbestandlichen Merkmale mehrerer Strafgesetze in sich enthält ..., so kommt ausschließlich dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe ... androht, zur Anwendung." Da aber Verf. doch anerkennen muß, daß die volle Durchführung des Absorptionsgrundsatzes zu „Unzuträglichkeiten" führt, sieht er sich zu verschiedenen Einschränkungen gezwungen, die freilich wieder mit dem von ihm vertretenen grundsätzlichen Standpunkt in Widerstreit stehen.

Häufige Wiederholungen desselben Gedankens und sogar derselben Sätze und häufige Anwendung von Sperrdruck und sogar Fettdruck in ganz ungewöhnlichem Umfang dürften wenig Anklang finden.

Prof. Dr. Gleispach, Wien.

Dr. Werner Haensel: Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie. Ergänzungshefte der Kantstudien Nr. 60. Berlin 1926. Pan-Verlag Rudolf Heinze. 104 S. 8°

Die gut geschriebene und stets interessante Abhandlung ist der Untersuchung der Frage gewidmet, ob Kant das sog. Widerstandsrecht des Volkes gegen die Staatsgewalt, und d. h. in letzter Linie das Recht zur Revolution, anerkannt oder verneint hat. Das Ergebnis der sehr sorgfältigen Untersuchung, die von gründlicher Durcharbeitung der Schriften Kants selbst und der nachkantischen und vor allem auch der neukantischen Literatur Zeugnis ablegt, besteht kurz gesagt darin, daß die Stellung Kants zur Revolution, entsprechend früheren Darlegungen meinerseits, „durchaus eindeutig ist" (S. 60), daß aber in der Konsequenz der Auffassung Kants von der Abhängigkeit des positiven Rechts von der Vernunftgesetzgebung die Möglichkeit einer Bejahung des Widerstandsrechts gelegen haben würde. Definiert doch Kant selbst die äußere Freiheit als „die Befugnis, keinem äußeren Gesetze zu gehorchen, als zu dem ich meine Zustimmung habe geben können", so daß ein dem Naturrechte, d. h. der Vernunft widerstreitendes positives Recht, „keine Verbindlichkeit besitzt" (vgl. den Verf. S. 49, 55 und öfter). Wenn Kant diese Konsequenz nicht gezogen hat, so erklärt sich dies nach der Meinung des Verf. daraus, daß Kant „die alleinige reale Geltung des positiven Rechtes vertreten hat", was er im einzelnen darzulegen sucht (S. 58 ff., 61), was aber doch angesichts der Tatsache, daß Kants Interesse mehr den Ideen als den empirischen Dingen zugewandt ist und er der praktischen Vernunft gerade die Aufgabe zuweist, Gesetzgeber auf dem Gebiet des praktischen Verhaltens zu sein, wie die theoretische es auf dem Gebiet der Naturwissenschaft ist, auffällig bleibt, und um so auffälliger, als Kant das Naturrecht ja nicht verneint, wie der juristische Positivismus unserer Tage, sondern bejaht, und der Verf. die hier auf das positive Recht beschränkte „reale Geltung" in einer Weise versteht (S. 37 N. 148), die nichts mit der für den Juristen im Vordergrund stehenden praktischen Durchsetzbarkeit zu tun hat. Hier liegt allem Anschein nach ein Problem vor, das der Verf. noch nicht in seiner ganzen Tragweite, auch für das von ihm behandelte Thema, erfaßt hat, wodurch schon die Richtigkeit seiner Ergebnisse einigermaßen in Frage gestellt wird. Da vielmehr für ihn der Widerspruch bestehen bleibt, sucht er nach den psychologischen Motiven, die Kant zu seinem Standpunkt in der Widerstandsfrage geführt haben mögen, und zeigt zunächst in einer durchaus überzeugenden Ausführung, daß dieser Standpunkt, der schon so manchem Zeitgenossen Kants auffallend gewesen ist (S. 74), nicht durch die Furcht vor der Zensur veranlaßt gewesen sein kann (S. 75 ff.); daß es auch nicht der Eindruck von den Schrecken der französischen Revolution, der so manchen ihrer früheren Anhänger bekehrt hat, während gerade Kant dieses furchtbare Gewitter „von einer höheren Warte als der des Augenblicks betrachtete" (S. 79) — oder die imponierende Tüchtigkeit des friderizianischen Staates (S. 79 f.) waren, die ihn zu solcher Anerkennung des positiven Rechts gebracht hätten. Ebenso weist er andere Versuche zurück, Kants Stellung zur Staatsautorität aus seinen eigenen philosophischen Anschauungen zu erklären (S. 81 ff.), um schließlich zu untersuchen, ob in seiner Geschichts- und Religionsphilosophie die treibenden Kräfte gefunden werden können, die Kant zu seiner Kapitulation vor dem empirischen Staat veranlaßt hätten (S. 84 ff., 82 ff.). Dies glaubt der Verf. in der Tat, wenn auch nicht geradezu beweisen, so doch wahrscheinlich machen zu können; es ist für ihn die in der Geschichte wirksame Idee der Selbstentfaltung der Vernunft, die sich „hinter dem Begriff der allmählichen Entwicklung" verbirgt (S. 96), und die Auffassung, daß das positive Recht selbst als „Vehikel" der zu verwirklichenden Vernunftsidee anerkannt werden muß, die uns

der Verf. am Ende seiner Untersuchung nahelegt, um sich die nähere Ausführung dieses Gedankens für eine spätere Untersuchung vorzubehalten.

Dem Verf. ist es, wie er am Schluß seiner Einleitung bemerkt, nicht darum zu tun, den Weisen von Königsberg zu „schulmeistern"; ihn erfüllt im Gegenteil ihm gegenüber das Gefühl der Ehrfurcht (S. 6), und die von ihm festgestellte Unausgeglichenheit in der Lehre vom Widerstandsrecht erscheint ihm nur als ein Beweis „der ungeheuren geistigen Bewegtheit Kants", die uns als „die treibende Kraft hinter dem allen das eine, Gewaltige, Ewige, das Leben" erkennen läßt (S. 97). Dieses Ethos des Verf., sein Streben nach Sachlichkeit, das ihn verhindert, auf eine bloße Unvollkommenheit ein Verdammungsurteil zu gründen, kann den Leser nur sympathisch berühren. Aber das Ergebnis dieser vorliegenden Untersuchung führt doch m. E. zu der Frage, ob die vom Verf. ihm selbst gestellte Aufgabe einer Systematik der Kantischen Lehre restlos gelöst ist. Indem er die Idee der Geschichte als das treibende Moment in Kants Entwicklung seiner Auffassung vom Widerstandsrecht entdecken zu können glaubt, scheint er schon aus dem Bereich der reinen Systematik herauszutreten und die Notwendigkeit einer neuen Untersuchung des von ihm behandelten Problems darzulegen. Nämlich einer geschichtlichen Untersuchung. Der Verf. hat sich eine redliche und auch im Ganzen nicht vergebliche Mühe gegeben, seine eigentliche Darstellung in einem ersten Teil durch Darlegung der „Grundlagen der Kantischen Rechtsphilosophie", vor allem der transzendentalen im Gegensatz zu der bloß psychologischen Freiheit, der Zusammenhänge von Ethik und Recht, von Legalität und Moralität, von äußerer und innerer Gesetzgebung u. a. m. zu unterbauen; es wäre aber die Frage zu stellen, ob diese Darlegung, die selbst auch systematisch verfährt, nicht durch eine geschichtliche Untersuchung aufzulockern wäre, ob also nicht versucht werden müßte, an Kant selbst eine geschichtliche Entwicklung zu erkennen und den Widerspruch, den der Verf. in Kants Lehre von der Unverbindlichkeit einer dem Vernunftrecht widerstreitenden positiven Gesetzgebung und seiner Ablehnung des Widerstandsrechtes erblickt, und den er in der Weise der kritischen Philosophie nur als rein antithetisch oder antinomisch auffassen und konstatieren kann, den er daher auch nur versuchen kann, psychologisch zu begründen, um ihn zu verstehen und schließlich zu verzeihen, also diesen Widerspruch in Kants System als dialektisch aufzufassen und zu überwinden, so daß also insofern wieder Kant nicht einen Abschluß, sondern einen Anfang bedeuten würde. Das wäre das in meiner „Philosophie des Rechts" durchgeführte Prinzip, über Kant hinauszugehen, um ihn richtig zu verstehen. Zu diesem Verfahren nötigen uns ja schon die vielen Dualismen, die uns bei Kant begegnen, bei deren bloßer Konstatierung es der Philosoph nicht bewenden lassen kann. So verlangt der Gegensatz zwischen dem empirischen und dem intellegiblen Charakter nach seiner Aufhebung, und Kant selbst scheint in seinen späteren Schriften, die manche als einen Rückfall in vorkritische Auffassungen ansehen wollen, diesem Ziele zuzustreben. Die Idee der autonomen Gesetzgebung als Gesetzgebung der objektiven Vernunft trägt diese Auflösung des Widerspruchs bereits in sich, und in der Idee einer Anlage des — empirischen! — Menschen zum Guten ist die Brücke vom einen zum andern geschlagen. Und so würde es sich auch in der Frage des Widerstandsrechts darum handeln, Kants Standpunkt als einen vorläufigen zu begreifen, der den Keim seiner Auflösung in sich selbst trägt. Kant ist als ein Sohn der Aufklärung Individualist gewesen; das zeigt sich vor allem in seiner Auffassung des Staatszweckes und seiner Lehre vom Staatsvertrag — der übrigens auch bei ihm wie schon bei Rousseau, nicht bloß Idee ist, sondern gelegentlich doch wieder in die Sphäre der geschichtlichen Fiktionen hinuntersinkt, wie u. a. Kants Ausführungen über die Nichtigkeit eines gegen das Naturrecht verstoßenden Staatsvertrags beweisen. Denn von der Idee als reiner Vernunftforderung gibt es keine Entstellungen, und eine Idee kann nicht als „null und nichtig" bezeichnet werden (vgl. S. 59) — der nach dem Verf. selbst „ein gewisser objektivistischer Zug innewohnt" (S. 49), insofern nämlich für Kant „der vereinigte Wille des Volkes" („universi") nicht das Wollen aller einzelnen Menschen („omnes et singuli") ist, sondern „der übereinstimmende und vereinigte Wille aller" und von der „ditributiven Einheit des Willens aller" die „kollektive Einheit des vereinigten Willens" unterschieden wird. Wir können darin das Hinausstreben Kants aus den Schranken des Individualismus erkennen, das ihn freilich ebensowenig zum Ziele geführt hat, wie seinen Vorgänger Rousseau, der auch die Notwendigkeit empfunden hat, seine „volonté générale" von der bloßen „volonté de tous" zu unterscheiden und aus dieser Notwendigkeit dazu geführt worden ist, den Staat als Organismus zu konstruieren, aber wieder nicht imstande war, von hier aus dann die individualistischen Voraussetzungen seiner Staatstheorie zu revidieren. So führt uns also, wie ich glaube, der historische Kant mit seinem Widerspruch auf den Weg, den nach ihm der deutsche Idealismus beschritten hat und der mit Hegel auf die Höhe des Denkens gekommen ist. Es ist ein Weg nicht des Beliebens, sondern der Notwendigkeit; denn es ist die Entwicklung des Begriffes selbst, die der Weg ist, die uns mit sich zieht und der wir folgen müssen, wenn wir uns als Vernunftwesen begriffen haben. Dieser Weg wird uns aber gewiß nicht an das Ziel führen, das Widerstandsrecht zu bejahen. Und so möchte ich hoffen, daß auch der Verf. diesen Weg beschreiten wird. Vielleicht wird uns die von ihm in Aussicht gestellte weitere Untersuchung bereits erkennen lassen, daß er sich auf diesem Weg befindet.

Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen.

Univ.-Prof. Dr. **Thomsen**, Münster i. W.: Denkschrift an den Deutschen Reichstag, betr. **Verbrechensbekämpfung durch Schutzmaßregeln.** Bonn. Verlag Ludwig Röhrscheid.

Da der alte RT. die Beratungen zum Entw. des neuen deutschen StGB. voraussichtlich in dem Stadium aufnehmen wird, in dem sie der alte RT. verlassen hat, behält die Denkschrift ihr aktuelles Interesse. Der Verf. schlägt zur Aufnahme in das neue StGB. als besonderen Abschnitt folgenden Paragraph vor:

1. Reichen die vom Gericht ausgeworfenen Strafen, Nebenstrafen, Nebenfolgen und Schutzmaßregeln, die ihm das Gesetz zur Verfügung stellte, im Einzelfalle nicht aus, oder läßt sich ein solcher auch durch freie, das heißt nicht im Gesetz genannte, Schutzmaßregeln erreichen, welche dem Staate weniger kosten oder für den Täter, seine Angehörigen und seine weitere Umwelt weniger hart sind, so hat das Gericht in einem besonderen Schutzzusatz auf freie Schutzmaßregeln zu erkennen.

2. Enthalten die freien Schutzmaßregeln Nachteile für den Täter, wie besonders Geldverluste und Entziehung oder Beschränkung der persönlichen Freiheit, so hat das Gericht in dem Schutzzusatz gleichzeitig die Strafen entspr. herabzusetzen. Sind die Strafen zu hart, als daß sie in dieser Weise ausgeglichen werden könnten, so sind sie zu mildern bzw. fallen zu lassen. Gleichzeitig sind die vom Gericht ausgeworfenen Nebenfolgen und gesetzlichen Schutzmaßregeln, die durch den Schutzzusatz entbehrlich werden, für wegfallend zu erklären und etwa sonst noch nötige Regulierungen vorzunehmen.

3. Der Schutzzusatz bleibt ohne Wirkung, wenn der Täter ihm nicht zustimmt.

4. Das Gericht kann sowohl a) die freien Schutzmaßregeln nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte vollstrecken lassen, als auch b) jede Zuwiderhandlung gegen dieselben mit der Übertretungsstrafe (Entw., Buch 11 Allg. Teil) bedrohen.

5. Wird dem Gericht von irgendeiner Seite eine freie Schutzmaßregel vorgeschlagen, so hat es sie zu prüfen, darf sie aber ohne Angaben von Gründen ablehnen.

Thomsen beleuchtet seine Idee an einer Reihe von Beispielen. Der Mieter, der in ewigem Zank und Streit mit seinem Flurnachbar steht, wird nach einer Mißhandlung zu einer Geldstrafe verurteilt; daneben wird erkannt: er muß kündigen, sobald zulässig, und ausziehen. Der Wilderer wird zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt mit dem Schutzzusatz: oder ein Jahr Gefängnis und vier Jahre in das Zentrum einer Großstadt ziehen. Umgekehrt wird das vom Lande stammende Mädchen, das in der Großstadt zur Diebin geworden ist, zu einem Jahr Gefängnis verurteilt mit dem Zusatz: oder drei Monate, wenn sie drei Jahre in ihr Heimatdorf zurückkehrt. Analog wird einem Messerstecher der Besitz eines Messers, einem Schützenfestraufbold der Besuch solcher Feste auf Zeit untersagt. Einem in der Nähe einer Schule wohnenden Buchhändler, der unzüchtige Bilder und Schriften ausgestellt hat, wird aufgegeben, eine halbe Stunde vor Schulbeginn sein Schaufenster zu verhängen. Ein Exhibitionist hat das Fenster zu vermauern, in dem er sich bloßstellte usw.

Thomsen erblickt einen Präzedenzfall für das Auferlegen solcher in das Ermessen des Gerichts gestellter, also freier Verpflichtungen in dem § 43 des Entw. selbst. „Der RT. brauche diese Einrichtung von den Bagatellsachen nur auf alle auszudehnen und weiter nicht bloß dann von ihr Gebrauch machen, wenn vom Täter zu erwarten sei, daß er künftig ein geordnetes und gesetzmäßiges Leben führen werde (Entw. § 41), sondern im Gegenteile, in noch viel höherem Grade, wenn ein solches Leben nicht zu erwarten sei." Weshalb, frägt der Verf., soll diese Schutzmaßregel nur erlaubt sein bei Delikten, welche höchstens mit Gefängnis oder Einschließung bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bedroht sind (§ 40 d. Entw.)? Hier liegt zunächst ein Irrtum vor. Nicht das Strafgesetz, sondern die jeweilige Verurteilung zieht die Sechsmonatgrenze. Die Frage kann aber hier auftauchen, ob es überhaupt richtig ist, eine solche, wenn auch relativ erheblich höhere Grenzlinie zu ziehen, als sie der Verf. annimmt. Die Reichsratsvorlage (§ 35) ließ den bedingten Erlaß bei Gefängnisstrafen in jeder Höhe zu. Auch die für Preußen geltende Allg. Verf. zur Aussetzung der Strafvollstreckung durch die Gerichte kennt ja, abgesehen vom Zuchthaus, keine zeitliche Begrenzung. Hier aber ist nicht außer acht zu lassen, daß die Mindeststrafen des geltenden StGB. bei einer großen Reihe von Delikten erheblich höher liegen als im Entw. Der Entw. kennt ja beispielsweise nicht den hochgestraften formalistischen Rückfalldiebstahl und -betrug. Bedeuten aber sechs Monate Gefängnis schon eine relativ hohe Strafe durch ihre Entfernung vom Mindeststrafsatz, so kann man der Begründung des Entw. wohl beipflichten, es sei nicht angängig

bei Straftaten, für die sich nur eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten als angemessen darstelle, gleichzeitig in der Weise Milde zu üben, daß bedingter Straferlaß gewährt werde. Dies gilt um so mehr, als dieser nach dem Entwurf einen integrierenden Bestandteil des Urteilstenors darstellt, eine hohe mit ihm zusammengekoppelte Strafe als eine befremdende Inkongruenz erscheinen müßte. Allerdings ist das Bedenken nicht von der Hand zu weisen, es könnte die Bestimmung des Entw. Veranlassung geben, auch dann, wenn das Delikt nach einer höheren Strafe ruft, die Sechsmonatgrenze nicht zu überschreiten, nur um dem Verurteilten den bedingten Erlaß nicht zu nehmen, diesen nicht einem ungewissen späteren Gnadenrecht zu überlassen. Käme dann doch die Strafe zur Vollstreckung, weil der Verurteilte in der Probezeit sich nicht bewährt hat, so möchte sie in argem Mißverhältnis zur begangenen Tat stehen. Die Erfahrung spricht für eine stärkere Betonung des Gnaden- als des Rechtsgedankens. Empfehlenswerter dürfte es daher sein, die Grenzlinie höher zu ziehen, wo nicht ganz fortzulassen, vielleicht auch eine Teilvollstreckung zu gewähren.

Thomsen bedauert die einseitige Einstellung des Entw. auf den Besserungsaspiranten. Der Vorwurf ist nicht gerechtfertigt. Man muß nur den § 41 im Zusammenhang mit § 43 des Entw. betrachten. Durch diesen wird das Gericht ermächtigt, dem Verurteilten besondere Pflichten aufzuerlegen. Nichts hindert daran, daß diese Pflichten sich in der gleichen Richtung bewegen, wie sie sich Thomsen als freie Schutzmaßregel denkt. Der Entw. gibt dem Gericht freien Spielraum, vermeidet es offensichtlich, irgendwelche Direktiven zu nennen. Diese Pflichten können also sehr wohl in der Weise gestaltet werden, daß sie geeignet sind, die Ursachen des verbrecherischen Antriebes zu beseitigen, wie sie gerade die bisherige Umwelt des Verurteilten mit sich führte. Aus dieser Knechtschaft soll der Wille zum Guten durch äußere Mittel befreit, der Gefahrenzone entrückt werden. Alle Beispiele Thomsens wenden sich diesem Ziele zu. Werden nun auf Grund des § 43 solche Schutzmaßregeln als „Pflichten“ angeordnet, so geschieht das doch in der nunmehr begründeten Erwartung, daß der Verurteilte ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben fortan führen werde. Sind also die Einschränkungen nicht vorhanden, die Thomsen dem § 41 unterstellt, so entfällt damit Ziff. 1 des § x.

Wenn der Verf. der Denkschrift erklärt, der RT. brauche nur den § 41 auf alle Fälle auszudehnen, um den in ihr niedergelegten Ideen zu entsprechen, so scheint es, als ob auch sein § x sich dem System des bedingten Straferlasses einreihen solle, die Alternative der Verurteilung also bestehen bleibt, auch nachdem sich der Verurteilte für die Schutzmaßregel entschieden hat. Denn, wenn auch Thomsen die Schutzmaßregeln an die Zustimmung des Verurteilten heftet und nur unter dieser Voraussetzung die eigentliche Strafe herabsetzt oder in Wegfall stellt, so ist es wohl selbstverständlich, daß auch bei späterer Weigerung, diesen Pflichten nachzukommen, die grundsätzliche Strafe zur Vollstreckung kommen soll. Läßt man aber den § x, wie es der Verf. will, neben den Paragraphen des Entw. als Sonderabschnitt oder Sondergesetz stehen, so schneidet er derart in diese ein, daß die Grundsätze des Entw. damit völlig verlassen erscheinen. Ein solches Nebeneinander ist gesetztechnisch unhaltbar.

Praktisch also sind die Ideen des Verf. nur zu verwerten, wenn sie in den Entw. selbst hineingearbeitet werden.

Zum Vorschlag der bereits behandelten zeitlichen Unbegrenztheit und der Teilverbüßung, wie er besonders aus den Beispielen erhellt, tritt dann noch der der Zustimmung des Verurteilten. Sie aber scheint mir überflüssig; denn in der absichtlichen Nichtbefolgung tritt ja der negative Wille deutlich zutage; solches Verhalten zieht ohne weiteres die Vollstreckung der Grundstrafe nach sich.

Der Verf. gibt aber einen Weg an, die Vollstreckung hintanzuhalten, und zwar durch einen stärkeren Druck, mit dem er die dem Verurteilten auferlegten Pflichten durchsetzen will. Ihn leitet ja der wiederholt ausgesprochene, an sich durchaus gutzuheißende Gedanke, daß es weniger auf die Bestrafung, als auf die zukünftige Verhütung von Verbrechen ankomme, wobei allerdings die Erwägung, daß doch die Strafe selbst ein bedeutsames Moment solcher Verhütung darstellt, sehr zurücktritt. Diesen Druck will der Verf. dadurch erreichen, daß er jede Zuwiderhandlung gegen die Schutzmaßregel mit der Übertretungsstrafe bedrohen läßt. Die Gefahr, eine solche sich zuzuziehen, spielt aber kaum eine Rolle neben der doch viel größeren, die Vollstreckung der Strafe zu verwirken, die eben nur durch die Befolgung der auferlegten Pflichten zurückgehalten wird. Die abschreckende Wirkung würde sehr gering sein. Zudem widerspricht es der allgemeinen Rechtsanschauung, das Ausweichen einer Bestrafung — und die Schutzmaßregel ist doch durch ihren Eingriff in die persönliche Freiheit stets eine Strafe, soll sie doch auch zum Teil an die Stelle dieser treten — als eine neue besondere Straftat anzusehen.

Bleibt der Vorschlag zu erörtern, den Schutzzusatz nach den Vorschriften über die Vollstreckung der zivilgerichtlichen Urteile zu vollstrecken. Der Staat, gewissermaßen der obsiegende Kl. des Prozesses, soll auf diese Weise seinen Anspruch durchzusetzen suchen. Stehen Handlungen in Frage, die allein der Verurteilte ausführen kann, oder werden Unterlassungen von Handlungen gefordert, so trifft hinsichtlich einer nun verwirkten Geld- oder Haftstrafe das eben Gesagte zu; kann die Vornahme der Handlung durch einen Dritten erfolgen, so stellen die vom Verurteilten zu tragenden Kosten, ganz abgesehen davon, daß ihrer Einbringung oft erhebliche Schwierigkeiten im Wege stehen werden, letzten Endes doch auch eine neue Strafe dar, auf die die erwähnten Bedenken zutreffen.

Nach alledem scheinen mir die Vorschläge Thomsens in wesentlichen Teilen entweder durch die Fassung des Entw. bereits erfüllt oder praktisch untunlich zu sein. Ein großes Verdienst aber dürfte sich der Verf. damit erworben haben, daß er die Gerichte schon jetzt auf die Fülle von Maßnahmen hingewiesen hat, von denen bisher in der Praxis wohl wenig Gebrauch gemacht worden ist, obwohl an sich ihrer Anwendung beispielsweise in Preußen nach § 3 der erwähnten Allg. Verf. des JustMin. nichts im Wege stand. Inwieweit einzelnen dieser an Beispielen sichtbar gemachten Maßregeln heutzutage aus sozialen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen Bedenken entgegenstehen, kann unerörtert bleiben; auf die Sache allein kommt es an. —

LGDir. Fr. Warmuth, Potsdam.

Dr. jur. Joseph Wuellner: Kurze Einführung in die soziale Gerichtshilfe. Paderborn 1927. Verlag der Zentrale des Kath. Männer-Fürsorge-Vereins, Paderborn, Domplatz 3. Preis geh. 0,60 ℳ.

Mehr und mehr breitet sich in letzter Zeit eine neue soziale Einrichtung aus, deren Voraussetzung, Organisation und Tätigkeit noch vielfach ungeklärt und umstritten ist, deren Bedeutung aber sowohl von seiten der Justiz, wie von seiten der öffentlichen und freien Wohlfahrtspflege voll anerkannt wird. In solchem Augenblick ist die Schrift, die „aus der Praxis heraus entstanden“, den Helfern und Mitarbeitern der Gerichtshilfe als Einführung in die Arbeit dienen will, sehr zu begrüßen.

Es ist erstaunlich, was auf diesen kurzen 31 Seiten alles enthalten ist: Eine Übersicht über die Verfassung unserer Strafgerichte, den Gang des Strafverfahrens, die rechtlichen Grundlagen der Gerichtshilfe in der StPO., dem StGB. und in den preuß. Erlassen von 1920 und 1921 über die bedingte Strafaussetzung und der preuß. Verfügung von 1926 über die Strafzumessung. GH. ist nach dem Verfasser eine Einrichtung, „in der außergerichtliche Personen einmal durch Ermittlungen und Auskünfte über die Umwelt, das Vorleben und die Persönlichkeit des Beschuldigten die Gerichtsbehörden bei ihren Entsch. unterstützen, und die ferner nach Gewährung bedingter Strafaussetzung, bei Bewilligung einer Bewährungsfrist, bei der Durchführung der besonderen Maßnahmen Hilfe leisten“. Sie ist „eine Hilfsstelle für das Gericht, ein bedeutsames Mittel gerechter Urteilsfindung.“

Für die verschiedenen Aufgaben der GH., den Ermittlungsbericht, den Führungsbericht, die Schutzaufsicht, die Anfertigung von Gesuchen, werden kurzgefaßte, praktische Anweisungen gegeben. Es fehlt bei den Aufgaben die Teilnahme an den Terminen zur Hauptverhandlung, die sich nach den langjährigen Erfahrungen der Jugendgerichtshilfe, aber auch denen der Berliner Gerichtshilfe für Erwachsene, als sehr wichtig erwiesen hat. Durchaus beistimmen wird man dem Verfasser, wenn er für jede größere GH. einen Leiter mit bestimmter fachlicher Vorbildung, wenn er auch vom Helfer „neben wahrem Caritasgeist einen kleinen Blick für die Belange der Rechtspflege“ fordert, damit der „Dienst an der Gerechtigkeit“ geleistet werden kann. Zu bedauern ist, daß ein Hinweis für die unbedingt notwendige Zusammenarbeit mit den Organen der öffentlichen Wohlfahrtspflege fehlt, die doch so oft die Familie des Beschuldigten bereits kennen, und die die Durchführung der Unterstützung zu übernehmen haben. Ebenso kann nicht dem Satz beigepflichtet werden, daß „die GH. ihrem Wesen nach zu dem Aufgabengebiet der freien Liebestätigkeit gerechnet werden muß“, weil sie „die größte Gewähr für eine sachliche, zuverlässige und unbeeinflußte Durchführung der Gedanken der GH. und gleichzeitig für die individuellste Behandlung eines jeden Falles bietet“. Menschen, die diese Forderungen erfüllen, gibt es überall, und auf sie kommt es an, nicht auf die Form der Organisation.

Trotz der geäußerten Bedenken, die einer Vertreterin der öffentlichen Wohlfahrtspflege naheliegen, muß die Schrift als Einführung in die Arbeit wärmstens empfohlen werden.

Elsa v. Liszt, Berlin-Charlottenburg.

Robert Heindl: Daktyloskopie. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1927. Walter de Gruyter & Co. 780 S. Preis 36 ℳ, geb. 40 ℳ.

Das Lehrbuch Heindls ist 1921 in erster, 1922 in zweiter Auflage erschienen. Dann hat es in gekürzter Ausgabe weitere elf Auflagen erlebt; die im Vorjahr herausgekommene 14. Aufl. trägt wieder die Gestalt der beiden ersten und ist deshalb als dritte Auflage bezeichnet. Sie behandelt das ganze Gebiet in erschöpfender Ausführlichkeit, ist glänzend ausgestattet und mit einer überwältigenden Fülle von Abbildungsmaterial versehen.

Heindls Darstellung der Daktyloskopie hat sich schon früher den Ruf des klassischen Lehrbuchs des Faches erworben und bedarf einer Empfehlung wohl nicht mehr. Es sei nur bemerkt, daß es zunächst die Geschichte der Daktyloskopie von der Urzeit bis zur Gegenwart in fesselnder Weise behandelt, daß es dann die physiologischen Grundlagen, die Technik der Herstellung von Fingerabdrücken, die Methoden der Registratur erörtert, danach die kriminalistische Anwendung der Fingerschau am Tatort sowie ihre Verwendung zu Legitimitätszwecken bespricht, daß es ferner die sonstigen Identifizierungsmethoden kritisch würdigt und endlich eine zusammenfassende Darstellung des ganzen Erkennungsienstes liefert. Es sei aus dem gewaltigen, hier gesammelten Tatsachenmaterial nur hervorgehoben, daß die beiden maßgebenden Grundsätze der Daktyloskopie in unveränderter Geltung geblieben sind. Nämlich erstens, daß völlig identische Fingerspuren niemals bei verschiedenen Personen vorkommen, und zweitens, daß die Fingerspuren während des ganzen Lebens unverändert bleiben. Hiermit ist die unbedingte Zuverlässigkeit der daktyloskopischen Ergebnisse als Beweismittel für Identitätsbestimmungen dargetan. Bezüglich der Bedeutung der Fingerspuren für die Erbforschung steht Heindl auf dem jetzt wohl überwiegend anerkannten Standpunkt, daß sich hier Ähnlichkeiten nachweisen lassen, deren genauere Erforschung für den Nachweis der Familienzugehörigkeit Aussicht verspricht.

Die Endabschnitte des Werkes behandeln die Daktyloskopie vom Standpunkt der StPO. aus und fordern als letzte Konsequenz aus der Gesamtheit der Erörterungen, daß die Aufnahme der Fingerspuren über die ganze Bevölkerung ausgedehnt werden müßte. Am besten geschähe das wohl bei der Schulentlassung. Es sei natürlich nicht möglich, sämtliche Blätter, selbst wenn man das Reich in eine Anzahl von Bezirken einteilt, in der bisher üblichen Weise — der Form der Fingerabdrücke gemäß — zu registrieren. Die ungeheure Masse, die sich so anhäufen müßte, würde eine praktische Arbeit unmöglich machen. Heindl empfiehlt, die Hauptmasse der Abdrücke dem Namen nach bei den Standesregistern aufzubewahren und nur im Bedarfsfalle die entsprechenden Blätter in die polizeilichen Registraturen herüberzunehmen. Gegenwärtig ist es vielfach noch unmöglich, die Identität einer Person festzustellen, hartnäckige Identitätsschwindler zu entlarven und Personen, die überhaupt jede Namensangabe verweigern, zu rekognoszieren. Heindls Vorschlag, die zuletzt genannten Personen so lange in Haft zu halten, bis sie zutreffende Angaben machen, nötigenfalls also dauernd, da Personen, die sich so verhalten, doch immer schwerer Straftaten verdächtig sind (S. 704), ist gesetzlich doch wohl kaum durchführbar. Überhaupt wird dieser Abschnitt wohl zu einigen Beanstandungen Anlaß geben, die natürlich der Bedeutung des Gesamtwerkes keinen Eintrag tun. Referent will hier Heindls Bemerkung hervorheben, daß nach dem deutschen Gesetz Rückfälligkeit nur bei Raub und Hehlerei als Strafverschärfungsgrund in Betracht kommt (Bl. 691 Anm.). Auch seine Zusammenstellung der Kriminalitätsstatistik nach OLG. Bl. 695, 696) enthält mehrere Ungenauigkeiten. (OLG. Düsseldorf z. B. wird mit 250000 Gerichtseingesessenen angegeben und Lippe und Schaumburg zum OLG. Celle gerechnet.)

Geh. MedR. Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

Senatspräsident **Alfred Amschl: Pönologische Betrachtungen.** (Abhandlungen aus dem juristisch-medizinischen Grenzgebiete, Heft 6). Wien 1927. Hölder-Pichler-Tempsky A. G. 80 S. gr. 8°. Preis 2,75 ℳ.

Wie bei allem, was der vor anderthalb Jahren leider tödlich verunglückte Grazer Praktiker geschrieben hat, schöpft er auch hier aus dem reichen Borne seiner großen Erfahrungen. Wir gewinnen aus seinen Schriften das Bild eines Mannes, der in erster Linie lebenswarmer Mensch ist und erst in zweiter Linie Jurist — aber gerade deshalb ein guter Jurist. Mag man ihm beistimmen oder nicht, überall wird man die kritischen Bemerkungen zu dem geltenden und zu dem geplanten Recht, die Amschl macht, mit Interesse lesen. Er verabscheut die Todesstrafe, hält sie aber in einem Falle wie etwa dem folgenden für unentbehrlich: „In einer Strafanstalt hat ein wegen Mordes zum Tode verurteilter, jedoch zu lebenslangem Kerker begnadigter Sträfling einen braven Gefangenenaufseher, Vater von acht Kindern, mit einem Unratkübel, nicht etwa im Affekt, sondern vorbedacht, ermordet. Die Strafe? — Einige Verschärfungen mehr. Dagegen sträubt sich das Rechtsgefühl" (S. 20). Den Nagel trifft es auch auf den Kopf, wenn Amschl (S. 21) sagt: „Es ist schwerer, das Mitleid zu überwinden als die Strenge. Wer im richterlichen Berufe steht, kann den Kampf zwischen Pflicht und Gefühl oft schmerzlich empfinden, in dem Gewissen und Eid schließlich den Sieg erringen müssen." Amschl (S. 29 f.) bedauert mit Recht, daß Richter und auch Staatsanwälte sich zu wenig mit dem Strafvollzug befassen; trotzdem tritt er mit interessanter Begründung gegen die Übertragung des Strafvollzugs an die Richter auf: „Auf dem Gebiete der Verwaltung gedeiht die Pflanze der Unabhängigkeit nicht. Da muß alles einem Willen untertan sein; alles muß klappen, die Maschine kann nicht vertragen, daß ein Rad oder Rädchen sich nicht ins Ganze fügt. Der Richter ist nur ein Mensch, wenn auch zwei Seelen in seiner Brust wohnen: Die Richter- und die Verwaltungsseele. Lebt diese nur von der Pflicht des Gehorsams, der Unterordnung und Abhängigkeit, dann wird auch jene leicht empfänglich für Gefühle, in denen Unabhängigkeit und Selbständigkeit versinken." Beherzigenswert ist es auch, wenn Amschl (S. 33) sagt: es sei zwar nicht nötig, eingesperrt zu werden, um den Strafvollzug kennenzulernen, wohl aber sei es erforderlich, „daß man bei der Visitation ein gewisses System einhält, als überwachendes Organ seine Kenntnis aus dem unmittelbaren Verkehr mit den Sträflingen schöpft, das ganze innere Leben und Treiben in den Anstaltsräumen überblickt und diesen praktischen Selbstunterricht so häufig als möglich wiederholt". Schließlich seien noch seine goldenen Worte über die Strafzumessung (S. 58) hervorgehoben: „Daß Stimmungen, Ermüdung, Temperament und Neigung auf die Bemessung Einfluß nehmen können, liegt in der menschlichen Schwäche. Die Strafzumessung läßt sich weder durch Theorien noch durch Normen regeln. Hier entscheidet nur Takt, Gewissenhaftigkeit, Menschenkenntnis und offener Blick. Dem einen hat Natur diese Gaben in die Wiege gelegt, dem anderen nicht. Von großem Gewicht ist die Auffassung der Aufgaben des Strafrechtes an sich. Dem Richter liegt nur der Einzelfall zur Entscheidung vor, aber das Urteil ist eine Potenz, bestimmt, in die Ferne zu wirken. Schließlich ist das Strafrecht auch nur ein Glied an der Kette allgemeiner Wohlfahrtseinrichtungen, und seine Bedeutung ist nicht nur eine juristische, sondern auch eine ethische, eine Kulturmission."

LGDir. Dr. Albert Hellwig, Potsdam.

Prof. Dr. **Alexander Pilcz: Okkultismus und Rechtspflege.** (Abhandlungen aus dem juristisch-medizinischen Grenzgebiete, Heft 7). Wien 1927. Hölder-Pichler-Tempsky A. G. 48 S. gr. 8°. Preis 1,30 ℳ.

Seitdem ich i. J. 1924 mein Büchlein über „Okkultismus und Strafrechtspflege" (Bern und Leipzig) veröffentlicht habe, sind die dort berührten und verwandte Fragen von Kriminalisten, Psychologen und Psychiatern vielfach erörtert worden. Nur wenn man sich speziell mit diesen Problemen befaßt hat, ahnt man, welche Fülle von kritisch verarbeitetem Material schon veröffentlicht ist. Und doch ist das in Büchern und Abhandlungen zugängliche Material nur ein kleiner Teil des tatsächlich vorhandenen und kritisch untersuchten Materials. So habe ich zwar außer dem genannten Büchlein noch ein zweites Buch über „Okkultismus und Wissenschaft unter besonderer Berücksichtigung der Telekinese und der Materialisationen" (Stuttgart 1926) sowie einige Dutzend Abhandlungen in den verschiedensten kriminalistischen, psychologischen und medizinischen Zeitschriften veröffentlicht, und doch darf ich sagen, daß die von mir durchgearbeiteten, nicht veröffentlichten Materialien auch bei vorsichtiger Schätzung etwa zwanzig- bis dreißigmal so groß sein dürften als dasjenige, was ich bisher über diese Probleme veröffentlicht habe. Und ähnlich wird es auch anderen Forschern, wie Moll, Marbe, Dessoir und anderen gehen, die sich eingehender mit dem Okkultismus, auch unter dem forensisch-psychologischen Gesichtspunkt, befaßt haben.

Mit diesem Umfange des Materials und mit der sich auch hieraus schon ergebenden praktischen Bedeutung dieser Fragen für die gerichtliche Praxis steht — wie Verf. zutreffend hervorhebt — im seltsamen Widerspruch, daß in den großen Handbüchern der gerichtlichen Medizin und der Psychopathologie über die Beziehungen des Okkultismus zur Rechtspflege so gut wie nichts enthalten ist. Das mag damit zusammenhängen, daß es für den Außenstehenden außerordentlich schwer ist, einen ausreichenden Überblick über das Gebiet zu erlangen, weil die einschlägigen Arbeiten in den verschiedensten Zeitschriften der verschiedensten Wissensgebiete zerstreut sind und selbst die Buchliteratur den Fachgelehrten meistens wenig vertraut ist. Schon aus diesem Grunde ist es dankbar zu begrüßen, daß ein bekannter Psychiater als erster seines Faches den Versuch macht, eine zusammenfassende Darstellung der Beziehungen zwischen Okkultismus und Rechtspflege zu geben.

Aber auch die Art, wie er die sich gestellte Aufgabe löst, ist mustergültig, womit natürlich nicht gesagt ist, daß insbes. der Jurist nach der einen oder anderen Richtung hin nicht noch Wünsche zu äußern hätte. Der grundsätzliche Standpunkt, den Pilcz gegenüber den sogenannten okkulten Phänomenen einnimmt, entspricht durchaus dem, was die weitaus herrschende wissenschaftliche Meinung von jeher vertreten hat: Man darf die Untersuchung sog. okkulter Phänomene nicht von vornherein ablehnen, darf sie aber auch nur dann als wissenschaftlich nachgewiesen anerkennen, wenn nachweisbar alle Fehlerquellen ausgeschlossen sind. Diese Voraussetzung zu schaffen, ist aber, wie Pilcz auch an einer Reihe eigener Erlebnisse plastisch schildert, außerordentlich schwer. Bisher ist der Nachweis irgendwelcher okkulter Phänomene in wissenschaftlich einwandfreier Weise noch nicht erbracht worden (S. 22). Durchaus stimme ich Pilcz auch bei, wenn er zur Erklärung der Tatsache, daß auch Männer, die auf anderen Gebieten des Wissens

Beachtliches leisten, kritiklos sind, sobald es sich um „okkulte“ Erscheinungen handelt, u. a. folgendes ausführt: „Man gewinnt den Eindruck, daß eine eigenartige, sozusagen ‚partielle‘ Kritikunfähigkeit und Unlogik sich jedesmal dann prädominierend vordrängt, sobald Fragen des Okkultismus berührt werden, und zwar findet sich diese Erscheinung bei Männern, die im übrigen nicht nur nicht verstandesschwach im gewöhnlichen Sinn sind, sondern sogar intellektuell, durch wissenschaftliche Leistungen usw. weit über den Durchschnitt hervorragen. ... Man hat da gewissermaßen zwei toto coelo verschiedene psychische Persönlichkeiten in einem Individuum vor sich, den nüchternen, den Gesetzen der Logik folgenden, in der realen Welt lebenden und diesem Weltbilde adäquat denkenden und handelnden Fachmann einerseits, den blindgläubigen, jeglicher Logik sich absichtlich verschließenden, jeglicher Kritikfähigkeit baren, glaubensstarken Fanatiker andererseits!“ (S. 19 f.).

Wenn Pilcz bei der Erörterung der praktisch außerordentlich wichtigen Frage der Sachverständigen in Fragen des Okkultismus sagt, die Entscheidung der Frage der Gutgläubigkeit sei mehr Sache des Juristen als des Psychiaters, so ist das zweifellos richtig. Damit ist aber nicht gesagt, daß der in Fragen des Okkultismus besonders erfahrene Psychiater, Psychologe usw. nicht in die Lage kommen könne, dem Richter wichtige Hinweise zu geben, die ihn erst in den Stand setzen, das Tatsachenmaterial sachgemäß zu beurteilen und sich eine begründete Meinung darüber zu bilden, ob der des Betrugs Angekl. gutgläubig ist oder nicht. Ebenso wie ja auch die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen grundsätzlich Aufgabe des Richters ist, trotzdem aber Pilcz mit Recht bemerkt, daß der psychiatrisch und psychologisch geschulte Sachverständige auch in die Lage kommen könne, dem Richter über die Psychologie der Zeugen, über Erinnerungsfälschungen, Einflüsse von Fremd- und Eigensuggestionen usw. Belehrungen zu geben, desgleichen über andere psychische Mechanismen, die gerade bei okkultistischen Prozessen von ganz besonderer Bedeutung seien (S. 27 ff.).

Vor der Verwendung sog. Kriminaltelepathen zur Aufklärung von Verbrechen warnt Pilcz in voller Übereinstimmung mit der durchaus herrschenden Meinung mit aller Entschiedenheit (S. 32 ff.). Ich möchte hinzufügen, daß ich bis in die allerletzte Zeit hinein immer wieder von Fällen erfahre, aus denen ich ersehe, daß Landjäger, aber auch Staatsanwälte und Untersuchungsrichter, in vereinzelten Fällen noch an die Möglichkeit der Verwendung sog. „Hellseher“ zur Aufklärung von Verbrechen glauben. Ich halte es deshalb für angebracht, auf zwei von Pilcz nicht benützte Arbeiten hinzuweisen. Einmal auf meinen, auch im Buchhandel als Sonderabdruck erschienenen, im „Arch. f. Kriminologie“ Bd. 81 S. 102/40 veröffentlichten Aufsatz „Zur Frage der Kriminaltelepathie“, der die wörtliche Wiedergabe des Urteils des Bernburger Schöffengerichts gegen Drost mit zahlreichen kritischen Anm. von mir enthält, sodann auf den Aufsatz des okkultistischen Regierungsrats und Oberpolizeirats a. D. Tartaruga, Direktor des „Wiener Parapsychischen Instituts“, über die Verwendung von Hellsehmedien im Strafprozeß („Versicherung und Geldwirtschaft“ 1926 S. 446/49). Dort kommt Tartaruga, der im übrigen von der Tatsächlichkeit des Hellsehens überzeugt ist, zu dem Ergebnis, daß die systematische Verwendung von Hellsehmedien im Kriminaldienst an ihrer Unzuverlässigkeit und Unzulänglichkeit scheitere. Er meint, derartige „mediale Angaben“ würden in der Regel nur „zu falschen Vermutungen führen“, sie seien daher „als praktisch wertlos“ zu bezeichnen. Von Interesse für Betrugsprozesse gegen angebliche Hellseher ist auch die Antwort, die Tartaruga, als er von Drost oder von seinem Verteidiger um ein Gutachten angegangen wurde, gegeben hat: „In meinen Augen ist jeder, der den Versuch macht, Hellsehmedien unter Anrufung der Öffentlichkeit und nicht innerhalb des wissenschaftlichen, geschlossenen Laboratoriums bezüglich schwebender Strafuntersuchungen zu verwenden, als gefährlicher Schädling der ernsten Forschung ohne Verhör ins Loch zu stecken.“ So weit wie dieser Okkultist, auf dessen Gutachten Drost dann seinerzeit auch wohlweislich verzichtet hat, ist noch keiner von uns Skeptikern gegangen, die man mit allen Mitteln, auch mit Dienstaufsichtsbeschwerden und mit Privatklagen, mundtot zu machen versucht, allerdings vergeblich! Ich verweise jetzt auch noch auf Busdorf, „Wilddieberei und Förstermorde“ (Berlin 1928) S. 149, 165 ff. und dazu Goldmann: Ztschr. f. krit. Okkultismus 3, 128 ff.

Wem es um die Wahrheit zu tun ist und wem die Rspr. am Herzen liegt, der muß dem Verf. dankbar sein für seine aufklärende Schrift, denn es „muß die Rechtspflege davor bewahrt bleiben, auf Irrwege sich zu begeben. Es muß besonders dem Juristen, dann aber überhaupt jedem Gebildeten, der gegenwärtige Standpunkt der objektiven Wissenschaft gegenüber der Frage der sog. „okkulten Phänomene“ bekannt sein. Es ist dies um so notwendiger, als bedauerliche Irrungen von Männern mit berühmten Namen und Titeln den Nichtfachmann ja unvermeidlich zu der Annahme verleiten müssen, daß sozusagen „doch etwas daran“ sein müsse“ (S. 39).

LGDir. Dr. Albert Hellwig, Potsdam.

Diplomatischer Landesverrat innerhalb des Bundesstaats. Nach RStGB. und Entwurf 1927. Von Dr. **Georg Gutjahr,** Oberlandesgerichtsrat, beurlaubt zur Reichsanwaltschaft. Berlin 1928. Verlag von Franz Vahlen. Preis 1 ℳ.

Durch zahlreiche politische Prozesse hat unter den im neuen StGBEntw. behandelten Problemen die Frage des Landesverrates in besonderem Maße die öffentliche Aufmerksamkeit erregt. Mit Rücksicht auf die staatsrechtlichen Beziehungen der Länder zum Reich hat hierbei die Frage, ob ein Geheimnisverrat zwischen dem Reich und den einzelnen Ländern möglich ist, eine besondere Bedeutung. Die vorliegende Broschüre nimmt gerade zu dieser Frage Stellung und bekämpft die im Entwurfe des StGB. von 1927 vorgeschlagene gesetzliche Regelung. Sie stellt einen lesenswerten Beitrag zu dem gesamten Fragenkomplex dar. D. S.

Ingenieur **S. Nelken: Verbrechen und Versicherung.** Mit einem Vorwort von Dr. Robert Heindl, Wirkl. Legationsrat, Vortrag. Rat z. D., und einer Erläuterung der rechtlichen Grundsätze von Rechtsanwalt Dr. Max Alsberg. Berlin-Dahlem 1928. Verband öffentlicher Feuerversicherungsanstalten in Deutschland. 226 S. nebst 12 Bildertafeln.

„So ist der Kampf gegen das Verbrechen, ebenso wie die moderne Kriegsführung immer mehr ein Problem der Technik geworden“, bemerkt das Vorwort sehr mit Recht. Ebenso wie die Verbrecher alle Erfindungen der letzten Jahrzehnte „mit professionellem Interesse“ aufspüren und ausnutzen, ist die Technik „ihrerseits wieder — zum Teil bereits mit Erfolg — bemüht, den verbrecherischen Mißbrauch ihrer Errungenschaften durch entsprechende Gegenschachzüge zu paralysieren“. Es ist das unvergeßliche Verdienst von Hanns Groß, die Erkenntnis dieser Bedeutung der Technik gerade für das Rechtsleben längst zum Gemeingut namentlich auch der Juristen gemacht zu haben. Wenn aber Heindl in seinem Vorwort sagt: „Noch vor wenigen Jahrzehnten wäre ein Kriminalistiken schreibender Ingenieur als Wilderer in den Jagdgründen der Juristen verbellt worden“, so will ich über den Geschmack einer solchen Bemerkung nicht streiten. Daß sie sachlich jeder Berechtigung entbehrt, hätte doch allein die Aufnahme lehren können, die das Groß'sche Lebenswerk gerade in den Kreisen der Juristen gefunden hat.

In diesem Zusammenhange die Versicherungsverbrechen in einem besonderen Buche zu behandeln, ist in der Tat ein höchst wertvolles und dankenswertes Unternehmen. Die Verbrechen gegen die Versicherung zeigen, wie alles, was mit Versicherung zusammenhängt, eine ausgeprägte Eigenart. Sie führen von der „scheinbar harmlosen Form des kleinen Schwindels“ zu den schwersten und verabscheuenswürdigsten Straftaten, vom raffiniert und kaltblütig ausgedachten und „auf lange Sicht“ vorbereiteter Mord, zur Brandstiftung und zu Zerstörungen sonstiger Werte, die schon wegen ihres Umfangs, wegen der Ruchlosigkeit ihrer Nebenumstände, der großen Zahl der dabei rücksichtslos geopferten Menschenleben die ganze Welt in Aufregung versetzen können. Was Nelken bringt, ist eine geradezu ungeheuere Fülle wertvollsten Tatsachenstoffs, nicht nur die aus der Kriminalgeschichte bekannten schweren Fälle, z. B. die Thomassche Höllenmaschine von 1875, den Mordprozeß Hopf und den neuerlichen österreichischen Fall Marek, sondern auch sonstige aus den Archiven der Gesellschaften ausgegrabene, der Öffentlichkeit nicht bekanntgegebene Straftaten, zum Teil im Versuch steckengeblieben, die sich über alle Versicherungszweige erstrecken und bisweilen ein ganz neues Licht auf die Notwendigkeit der so viel gescholtenen Vorsichtsmaßregeln der Versicherungsbedingungen werfen. Wir finden den Fall der toten Maus in dem Postpaket mit dem verschwundenen Perlenkollier und die wundervolle Geschichte von den Stadtverordneten einer Kleinstadt, die zur Feier des 60. Geburtstages ihres Bürgermeisters dessen alt und baufällig gewordenes, aber hoch versichertes Haus niederbrennen lassen, und von dem geschäftstüchtigen Direktor der betroffenen Gesellschaft, einer Inflationsgründung, der, von dem Sachverhalt unterrichtet, für schleunigste Regulierung des Schadens sorgt, um auf diese Weise das Geschäft in dem Bezirk „neu zu beleben“ ... nur schade, daß Nelken selbst dieser Erzählung den ganzen Boden ihrer Glaubwürdigkeit abgräbt, indem er hinzufügt, daß sie ihm „ein höherer und sehr bekannter Beamter der Staatsanwaltschaft“ mitgeteilt habe. Denn man bedenke: von Einleitung eines Strafverfahrens ist in dem Bericht nirgends die Rede.

Überhaupt kann man das Gefühl nicht ganz unterdrücken, als ob dem Unterhaltungsbedürfnis stellenweise mehr Rechnung getragen würde, als den ernsthaften wissenschaftlichen und praktischen Zwecken des Buches gerade sehr zuträglich sein möchte. Mit ermüdender Weitschweifigkeit werden die unbedeutendsten, weder für die juristische noch für die technische Betrachtung belangreichen Einzelheiten dargestellt. Weder die Namen der Vorsitzenden, noch die Zahl der Ehrverlustjahre, noch — gelegentlich — die Kosten des Verfahrens bleiben uns erspart. Damit hängt, um mich eines modernen Schlag-

worts zu bedienen, ein starker Anflug von Antijuristenneurose zusammen. Gewiß betont Nelken selbst an verschiedenen Stellen die Schuld und die Versäumnisse der Versicherer. Ich selber bin der letzte, der die Augen verschlösse gegen die berechtigten Einwendungen, die die Versicherung gerade gegen die gegenwärtige Rspr. erheben kann. Wenn man aber auf Sätze trifft, wie den folgenden: „Wäre die Rechtskunde weniger formalistisch eingestellt und würden alle Juristen gelernt haben, auch wirtschaftlich und sozial folgerichtig zu denken, so wäre dieser Zustand nicht möglich. Allerdings setzt eine Änderung hier eine gründliche Reform des gänzlich veralteten und überalteten Systems der Rechtsausbildung voraus" (S. 122), so weiß man nicht, was man mehr beanstanden soll, die Ungehörigkeit einer solchen Bemerkung, zumal im Munde eines Nichtjuristen, oder die völlige Verständnislosigkeit. Von Äußerungen gleicher Art quillt aber das Buch geradezu über (vgl. S. 7, 54, 57, 69, 106, 131 u. a.). Es ist wirklich schade, daß Nelken sein verdienstvolles Buch auf diese Weise selber um einen großen Teil seiner Wirkung bringt.

Vorzüglich ist der Anhang von Alsberg über die strafrechtlichen Grundsätze, namentlich auch über die Gestaltung des künftigen Strafgesetzbuchs.

Geh. JR. Dr. Otto Hagen, Berlin.

Dr. Werner Hoche: Schußwaffengesetz. Das Gesetz über Schußwaffen und Munition nebst der Ausführungsverordnung und den einschlägigen Vorschriften. Berlin 1928. Verlag von Franz Vahlen.

Bereits vor dem Kriege hatte das Reichsamt des Innern mit den Vorarbeiten begonnen, um durch ein Reichsgesetz einheitliche Vorschriften für den Verkehr mit Schußwaffen und Munition zu schaffen. Jetzt endlich durch das Ges. v. 12. April 1928 ist es gelungen, dieses einheitliche Recht für das ganze Reich zu schaffen. Bis zu diesem Zeitpunkt war diese Materie geregelt durch die VO. des Rates der Volksbeauftragten über Waffenbesitz v. 13. Jan. 1919. Diese VO., die unmittelbar nach Abschluß des Krieges in sehr erregter Zeit ergangen war, hat in ganz wenigen Paragraphen nur die Ablieferung aller Schußwaffen angeordnet und nach Ablauf der Ablieferungsfrist den unbefugten Besitz mit Strafe bedroht. Die Bestimmung der Fristen über die Ablieferung überließ die VO. den Landeszentralbehörden, und auch die Ausnahmen von der Ablieferungspflicht sollten durch Ausführungsbestimmungen der Länder geregelt werden. Schon dadurch ergab sich eine große Verschiedenheit in den einzelnen Ländern. Es hat aber Preußen keine einheitlichen Ausführungsbestimmungen erlassen; es galten vielmehr in den einzelnen preußischen Bezirken verschiedene Polizeiverordnungen. Es war daher bezüglich des Waffenbesitzes eine Ungleichheit und eine Unübersichtlichkeit entstanden, die vor allem der Rspr. große Nachteile brachte. Die Urteile der Gerichte in den verschiedenen Bezirken mußten bei der verschiedenartigen Grundlage verschieden ausfallen. Das Publikum sah aber nur die Urteile und schalt vielfach zu Unrecht das Urteil.

Mißbrauch der Schußwaffen vor allem durch Jugendliche und geistig Minderwertige wurde gerade in letzter Zeit durch eine Anzahl Prozesse in der Öffentlichkeit mit krasser Deutlichkeit vorgeführt.

Das Gesetz über Schußwaffen und Munition, das zwei Jahre lang in drei Lesungen im Reichsrat aufs gründlichste durchberaten wurde, bringt nun endlich nicht nur ein einheitliches Recht für ganz Deutschland, sondern auch tiefeinschneidende Vorschriften, die eine sorgfältige Kontrolle des Waffenbesitzes möglich machen. Ministerialrat Dr. Hoche, der an der Ausgestaltung des Gesetzes hervorragenden Anteil hatte, gibt in der Einleitung zu seinem Kommentar einen sehr guten kurzen Überblick über den bisherigen Rechtszustand und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Wer sich über den Inhalt und die Grundgedanken, die dem Gesetze zugrunde liegen, kurz orientieren will, findet in der Einleitung auch eine sehr gute, erschöpfende Übersicht über den Inhalt des Gesetzes und sein Verhältnis zu den anderen Reichsgesetzen. Außerordentlich zu begrüßen ist es, daß in dem Kommentar auch die am 13. Juli 1928 erst erschienene Ausführungsverordnung zu dem Gesetz bereits aufgeführt und bei den einzelnen Paragraphen des Gesetzes eingehend gewürdigt ist.

Nach der im § 1 des Ges. gegebenen Definition von Schußwaffen würden restlos alle Schußwaffen ohne Ausnahme dem Gesetze unterliegen. Auf Grund des § 28 des Ges. hat jedoch die Ausführungsverordnung eine ganze Reihe von Waffen von dem Gesetze vollständig ausgenommen, so daß auf diese Waffen keine Bestimmung des Gesetzes Anwendung findet. Für die Praxis dürfte gerade daher die Erläuterung der Ausführungsverordnung von ganz besonderer Bedeutung sein.

Vollständig neue Vorschriften bringt das Gesetz sowohl über die Herstellung wie über den Handel, den Erwerb, das Führen, die Einfuhr und den Besitz von Schußwaffen und Munition. Eingehend nimmt der Kommentar Stellung zu einigen neu eingeführten juristischen Begriffen, insbes. zu dem Begriff des „Führens" einer Schußwaffe. Hier werden der Praxis wohl manche Schwierigkeiten entstehen, die nur dann richtig behoben werden können, wenn die von Hoche eingehend verwertete Begründung des Gesetzes berücksichtigt wird. Der Kommentar wird aber nicht nur für den Juristen und Polizeibeamten ein unentbehrliches Nachschlagewerk werden, er wird wegen seiner eingehenden Darlegung zu §§ 21 und 24, die Bestimmungen über Jagd- und Wildererwaffen treffen, auch für weite Kreise der Jäger eine willkommene Gabe sein.

Reichskommissar Kuenzer, Berlin.

I. Praktische Strafrechtsfälle mit Lösungen. II. Praktische Strafprozeßfälle mit Lösungen. Von Dr. W. Petters, bisher Staatsanwalt in Heidelberg, z. Z. Amtsgerichtrat in Mannheim.

Beides — in gedrängter Kürze — ausgezeichnete Lehrbücher für die praktische Anwendung von Strafrecht und Strafprozeß. Die sehr glückliche Auswahl der einzelnen „Fälle", die überaus lebendig, anregend und in besonderem Maße einprägbar dargestellt sind, umfassen fast alle Gebiete beider Rechte und zwingen auf dem Gebiete des Strafrechts zum Durchdenken und Anwenden insbes. auch aller wichtigen Rechtssätze des allgemeinen Teiles des StGB., während sie auf dem des Strafprozeßrechts den Zusammenhang und das Zusammenwirken der Einzelvorschriften zur klaren Anschauung gelangen lassen. Die „Lösungen" sind vortreffliche Rechtsgutachten, die sich nicht auf das beschränken, was zur Begründung der Entsch. unmittelbar erforderlich ist, sondern die einschlägigen rechtlichen Zweifelsfragen eingehend erörtern — dies alles unter stetem Hinweis auf die Rspr. des RG., mit der sich der Leser danach ebenfalls vertraut machen kann. Auf dem Gebiete des Strafrechts ist den Lösungen unter „A" das geltende StGB. zugrunde gelegt, den Lösungen unter „B" die RTVorl. für das künftige StGB. Die Bücher sind nach ihrem Inhalt und nach der mustergültigen Behandlung der in Betracht gezogenen Rechtsfragen für ein eindringendes Studium des Strafrechts und des Strafprozesses in ganz hervorragendem Maße geeignet. Sie sind nicht nur für jüngere Juristen — im Studium oder Vorbereitungsdienst — vorzügliche, geradezu unentbehrliche Hilfsmittel, weil sie ihnen die zumeist — namentlich auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts — noch fehlende praktische Anschauung vortrefflich vermitteln, sondern auch für Rechtsanwälte und Staatsanwälte sowie insbes. für solche Richter, die sich längere Zeit nicht mehr mit Strafrecht befaßt haben und sich schnell wieder einarbeiten wollen, von außerordentlichem Werte, weil sie die im täglichen Berufsleben auftauchenden Fragen kurz und klar beantworten und weil sie die Prüfung gestatten, ob die anzuwendenden Rechtsvorschriften auch wirklich beherrscht werden. Sie entsprechen offensichtlich einem längst gefühlten, bisher aber unbefriedigt gebliebenen Bedürfnis: das Buch zu I, das zuerst — i. J. 1926 — erschienen ist, hat bereits eine zweite — vermehrte und verbesserte — Auflage erfahren.

RGSenPräs. i. R. Dr. Stoeckel, Berlin.

Dr. Rudolf His: Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina. München, Berlin 1928. R. Oldenbourg. XV und 188 S. Preis 15 ℳ.

Dem ersten Bande seiner groß angelegten Darstellung des deutschen mittelalterlichen Strafrechts läßt der Verf. nunmehr eine Übersicht über die strafrechtliche Entwicklung bis zu der einschneidenden Gesetzgebung Karls V. folgen. Ich freue mich, auf dieses Buch einen weiteren juristischen Leserkreis aufmerksam machen zu können. Haben wir es doch mit einer Darstellung zu tun, die bei aller wissenschaftlichen Grundlegung auch solchen Juristen einen Genuß bereiten kann, für die die geschichtliche Entwicklung des Rechts nicht im Vordergrunde des Interesses steht. Aber auch vom Standpunkt des Rechtshistorikers aus ist diese Arbeit zu begrüßen. Denn hier faßt ein Gelehrter, der in bald drei Jahrzehnten das germanische Quellengebiet auf seinen strafrechtlichen Gehalt durchforscht hat, das Ergebnis seiner Studien in ansprechender Form zusammen und nimmt auf Grund seiner großen Quellenkenntnis zu den nicht wenigen Streitfragen Stellung, die seit langen Jahren schweben; daß er dabei nicht immer auf allseitige Zustimmung wird rechnen können, versteht sich von selbst und wird er auch nicht erwarten.

Besondere Sorgfalt verwendet der Verf. auf die Verzeichnung der Terminologie, wobei er über das deutsche Gebiet hinaus auch das angelsächsische und skandinavische heranzieht. Aber dieses Übergreifen wirkt nicht disharmonisch. Denn auch der übrige Text bleibt nicht bei den deutschen Quellen stehen, nimmt vielmehr in großem Umfange auf andere germanische Rechte Bezug. Darin mag man einen Widerspruch zum Titel des Buches sehen, aber für die Einsicht in die Wege des strafrechtlichen Denkens germanischer Völker erwächst damit ein großer Gewinn. Denn es zeigt sich so der Entwicklungsgang ohne die Beeinflussung durch die Rezeption, und es ergibt sich, daß die eigenartige Unbeweglichkeit, die im Strafrecht des deutschen Mittelalters auffällt, in anderen germanischen Ländern fehlt.

Auch in vielen einzelnen Fragen kann ich dem Verf. zustimmen. So in der Betonung der Bedeutung des Privatstrafrechts, in der Annahme einer Nichtbestrafung des Meineids und der unschädlichen

Zauberei in vorchristlicher Zeit, in der Ablehnung des Vergeltungsprinzips, das erst unter fremdem Einfluß bei uns Boden gewonnen hat. Mit Recht hat auch der Verf. die Unterschlagung als ein Delikt schon der älteren Zeit anerkannt. Zutreffend wird die Erfolgshaftung daraus erklärt, daß aus dem schädlichen Erfolg auf die böse Absicht geschlossen wurde. Für richtig halte ich es auch, daß der Verf. die Todesstrafe der germanischen Zeit nicht als Vollstreckung der Friedlosigkeit auffaßt, wenngleich auch der todeswürdige Verbrecher durch seine Tat friedlos geworden ist.

Gelegentlich kann man eine Antwort auf naheliegende Fragen vermissen. So scheint mir aus der Darstellung des Verf. nicht ersichtlich zu sein, woher nach seiner Meinung die Verstümmelungsstrafen sowie die Strafen zu Haut und Haar kommen. Für die germanische Zeit werden sie m. E. mit Recht als selbständige Strafen nicht erwähnt, aber über die Wurzel dieser in der fränkischen Zeit und im Mittelalter häufigen Strafen fehlt eine klare Auskunft.

Fraglich ist mir, ob bei Missetaten von Unfreien, Tieren und leblosen Sachen die Haftung des Herrn oder des Eigentümers am Anfang der Entwicklung steht oder nicht etwa eine Sachhaftung des Schadenstifters. Auch möchte ich das Steintragen nicht als Andeutung der Steinigung auffassen. Ist auch diese eine typische Frauenstrafe, so heben sich doch die leichten Delikte, um derentwillen im Mittelalter der Schandstein getragen wurde, weit ab von denen, die mit der Steinigung bestraft wurden. Zur Erklärung des Glockenläutens bei der Achtung wäre vielleicht der gleiche Vorgang bei der Exkommunikation verwertbar.

Mit dem Verf. bedauere ich den Mangel an Quellenbelegen, der in der Anlage des Sammelwerkes seinen Grund hat, innerhalb dessen dieses Buch erschienen ist. Um so mehr ist es zu begrüßen, daß der Verf. sehr häufig bezeichnende Aussprüche der Quellen in den Text aufgenommen und damit die Darstellung sehr belebt hat. Zu S. 22 wäre zu ergänzen, daß eine Haftung der Dorfgenossen für Totschlag in der Dorfmark nicht nur dem schwedischen, sondern auch dem salischen Recht bekannt ist, umgekehrt zu S. 41, daß der Sonderfriede des Hochzeitszuges nicht nur südgermanisch ist, sondern auch nordgermanisch.

Die Literaturangaben sind außerordentlich reichhaltig. Das Buch von R. Hemmer, Studier rörande straffutmätningen, ein wichtiger Beitrag zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, ist wohl zu spät erschienen, um noch erwähnt zu werden. Die Storia del diritto italiano von Salvioli, vom Verf. in 4. Aufl. zitiert, ist 1921 in 8. Aufl. herausgekommen. Nicht einverstanden aber bin ich mit dem Verf. in der Verteilung der Literaturangaben. Das ist allerdings eine Aufgabe, die man nie zu allseitiger Befriedigung lösen wird, und ich möchte auch nicht dafür eintreten, eine und dieselbe Arbeit überall anzuführen, wo dies sachlich möglich wäre. Gesamtdarstellungen können sicher nur einmal angegeben werden. Aber bei anderen Werken kann des Verf. Grundsatz, ein Werk nur einmal zu nennen, zu eigenartigen Ergebnissen führen. So fehlt bei § 16 „Die Todesstrafe" gerade das derzeitige Hauptwerk von v. Amira sowie die Schrift von Hirzel über die Steinigung, bei § 31 „Die Heimsuche" Osenbrüggens Arbeit über den Hausfrieden.

Aber trotz der geäußerten Bedenken haben wir es mit einer vorzüglichen Leistung zu tun, die es nur bedauern läßt, daß sie bei der Carolina endet. Wann wird ihr die Geschichte des neuzeitlichen Strafrechts folgen, die wir dringend benötigen?

Prof. Dr. Frhr. v. Schwerin, Freiburg i. Br.

Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Herausgegeben von Prof. Dr. Gustav Aschaffenburg, Köln, und Dr. Hans von Hentig, München. Beiheft 2: **Das Verbrechen in der Darstellung des Verbrechers.** Ein Beitrag zur Naturgeschichte des kriminellen Menschen von **Walter Luz.** Mit einer Einführung von Hans von Hentig. Heidelberg 1927. Carl Winters Universitätsbuchhandlung. Preis geh. 10 ℳ.

Während bisher in der Kriminalpsychologie fast ausschließlich die objektive Beobachtung, d. h. also die wissenschaftliche Beobachtung des Objekts als Forschungsmethode von der Naturwissenschaft übernommen und angewandt wurde, übernimmt es der Verf., das Verbrechen, seine Ursachen und seine Bekämpfung vom Standpunkt des Objekts, das Gegenstand jener Beobachtung ist, schildern zu lassen. Zu diesem Zwecke ließ der Verf. mit Genehmigung des Justizministeriums von Gefangenen sämtlicher Strafanstalten Württembergs Arbeiten über gestellte Fragen anfertigen. Die Themen waren folgende:

I. Wie urteile ich über das Leben und seine Einrichtungen, auf Grund der Erfahrungen, die ich an mir und an anderen in demselben gemacht habe?
II. Meine (auf Grund von Erfahrungen gewonnenen) Ansichten:
 1. Wie urteile ich über Religion und ihre Bedeutung in meinem Leben?
 2. Gut und Böse!
 3. Wie urteile ich über das Zusammenleben der Menschen?
 4. Wie denke ich über die staatlichen Einrichtungen?
 5. Was finde ich schön?

Auf Grund der erhaltenen Arbeiten behandelt der Verf. in drei Kapiteln den „Kunden", d. h. den Bettler, in seiner Eigenschaft als Hausbettler, „Schmalmacher" und „Fioleschieber", dann den „Gauner" in seinen verschiedenen Gewerbezweigen als „Nepper", „Mächerer", „Schorianusbruder" und „Eindeißer", schließlich den Zuhälter und die Prostituierte („Tippelschickse").

Ob das dem Buche zugrunde liegende Material wirklich in dem Maße brauchbar ist, wie der Verf. annimmt, scheint nicht ohne Zweifel. Das Buch ist lesenswert und zu begrüßen, weil die in ihm versuchte Methode der Beleuchtung des Verbrechens von unten her geeignet ist, eine wertvolle Ergänzung des Bildes zu bieten, das sich dem objektiv beobachtenden kriminalpsychologischen Forscher bietet.
D. S.

Entscheidungen der Berufungskammer in Börsenehrengerichtssachen. Herausgegeben vom Reichswirtschaftsministerium 1928. 253 S. Preis 16 ℳ.

Die Veröffentlichung der Entscheidungen der Berufungskammer ist lebhaft zu begrüßen. Es ist erstaunlich, eine wie reichhaltige Judikatur die Berufungskammer entwickelt hat. Die Tragweite dieser Praxis ist um so größer, als die Rspr. der Kammer eine durchaus extensive Tendenz zeigt. Das gilt sowohl für den Begriff des Börsenbesuchers wie den des „Zusammenhanges mit der Tätigkeit an der Börse" wie auch schließlich für den der ehr- oder vertrauenswidrigen Handlung (§ 10 BörsG.). Besonders weit ist der Wirkungsbereich der Vorschriften für die Hanseatischen Börsen, zu denen jedermann der Zutritt offen steht (vgl. Nußbaum, Komm. zum BörsG. S. 9, 12, 39; speziell für Hamburg Hamburgische Börsenordnung § 10 bei Leukfeld-Mathies, Hamburgisches Börsenhandbuch S. 19). Ein unverhältnismäßig großer Teil der Fälle ist daher in erster Instanz von dem EhrenG. der Hamburger Börse entschieden worden, das seinerseits sich durchaus von derselben extensiven Betrachtungsweise leiten läßt wie die Berufungskammer. Darin kommt offenbar eine der hanseatischen Tradition entsprechende, gehobene und standesbewußte Auffassung von den besonderen Pflichten eines „ehrbaren Kaufmannes" zum Ausdruck.

Interessant ist, daß die Praxis der Berufungskammer, auch hier in vollem Einklang mit der Auffassung der erstinstanzlichen EhrenG., die Erhebung gewisser gesetzlich begründeter Einwendungen, wie die des Differenzeinwandes, des Kettenhandelseinwandes, des Einwandes der mangelnden Handelserlaubnis, ja sogar unter Umständen den Einwand der mangelnden Vertretungsmacht eines Angestellten ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht grundsätzlich verwirft. Man wird dies an sich billigen können. Wenn aber die BörsenehrenG. so weit gegangen sind, einen Zwang zur Erfüllung verbotener Geschäfte (und darum handelt es sich beim Kettenhandel) zu üben, so läßt sich dies höchstens aus den verworrenen Zuständen der Inflationszeit rechtfertigen. Grundsätzlich ist eine solche Praxis abzulehnen, da die EhrenG. gesetzliche Verbote respektieren müssen.

Sehr bemerkenswert ist ferner die Stellungnahme der Berufungskammer zur Schiedsgerichtsfrage. Mit größter Strenge hält die Berufungskammer daran fest, daß ein Börsenbesucher sich in keiner Weise den durch den Schiedsvertrag begründeten Verpflichtungen entziehen dürfe. Bestraft wird ebensowohl, wer vor einem vereinbarten SchiedsG. den Einwand der Unzuständigkeit erhebt, selbst wenn er sich dabei auf einen ihm erteilten Rechtsrat berufen kann, wie auch derjenige, der einem Schiedsspruch nicht nachkommt. Andererseits ist ein Börsenbesucher verurteilt worden, welcher sich gegenüber einer beim ordentlichen Gericht erhobenen Wechselklage (der Sachlage nach offenbar mit Unrecht) auf die Zuständigkeit des SchiedsG. berufen hatte. Zu weit geht die Berufungskammer in der Begünstigung des SchiedsG., wenn sie die ehrengerichtliche Bestrafung sogar in einem Falle billigt, in welchem das ordentliche Gericht sich für die Unzuständigkeit des SchiedsG. ausgesprochen hatte (S. 222). Solche Sprüche können zu Konflikten mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit führen, bei denen die Ehrengerichtsbarkeit sich als der schwächere Teil erweisen dürfte. Vorsicht und Zurückhaltung sind in diesem Punkte um so mehr am Platze, als die Stellungnahme der Berufungskammer, der die Autorität eines staatlichen OberG. für das ganze Reich zukommt, für die Handhabung der Vereins- und Verbandsdisziplin auch außerhalb der Börsenorganisationen offenbar ein sehr gefährliches Präjudiz abgibt. Ich erinnere an die Untersuchungen des zu früh vergessenen Alexander Leist zum „inneren Vereinsrecht" (1904).

Diese kurzen Betrachtungen zeigen schon, wie sehr die neue Entscheidungssammlung über den Kreis der Börsenrechts-Interessenten hinaus der allgemeinen Beachtung wert ist. Bedauerlich ist das Fehlen eines alphabetischen Sachregisters, das durch die ausführliche systematische Inhaltsübersicht nicht hinreichend ersetzt wird.

Prof. Dr. A. Nußbaum, Berlin.

Gesetzentwürfe und Strafrechtsreform.

Dr. Leopold Schäfer und **Fritz Hauptvogel: Deutsche Gesetzentwürfe und Vorschriften über den Strafvollzug.** Mannheim, Berlin, Leipzig 1928. J. Bensheimer. 251 S. Preis 12 ℳ.

Der von dem einen der Verf., MinR. Dr. Schäfer, herausgegebenen Zusammenstellung der deutschen Strafgesetzentwürfe von 1909—1927 ist nach kurzer Frist die vorl. entsprechende Zusammenstellung der Gesetzentwürfe mit den geltenden Vorschriften auf dem Gebiete des Strafvollzugs gefolgt. Am 9. Sept. 1927 hat die Reichsregierung nach Abschluß der Beratungen im Reichsrat den Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes dem RT. vorgelegt. Da der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 im Gegensatz zum RStGB. keinerlei Bestimmungen über Wesen und Inhalt der in ihm vorgesehenen Freiheitsstrafen enthält, sondern die Ausfüllung der Begriffe „Zuchthaus", „Gefängnis", „Einschließung" und (der lediglich als Ersatzfreiheitsstrafe bei Übertretungen vorgesehenen) „Haft" dem Strafvollzugsgesetz vorbehält, so bildet dieses die notwendige Ergänzung des StGB., ohne die dessen Handhabung nicht denkbar ist. Beide Gesetze müssen daher gleichzeitig in Kraft gesetzt werden. Der StGBEntw. ist von einem Ausschuß des aufgelösten RT. bereits zu einem wesentlichen Teile durchberaten worden; mit der Beratung des Vollzugsgesetzentwurfes war dagegen noch nicht begonnen worden. Welches Schicksal beiden Entwürfen in dem künftigen RT. beschieden sein wird, läßt sich nicht voraussagen. Aber daß die Arbeit an der Strafrechtsreform nicht mehr zur Ruhe kommen wird, ehe nicht etwas Endgültiges geschaffen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Das gilt auch für den Entw. des Strafvollzugsgesetzes, der ein wesentliches Glied in der Kette der Reformarbeiten ist. Die parlamentarischen Arbeiten am Strafvollzugsgesetz zu unterstützen und darüber hinaus allen denen, die jetzt und künftig den Gang des Reformwerks in den verschiedenen Stadien seiner Entwicklung verfolgen und sich über die Grundgedanken, über Sinn und Tragweite der einzelnen Bestimmungen des Entwurfs aus der Entstehungsgeschichte unterrichten wollen, die erforderlichen Unterlagen zu bieten, ist der Zweck der vorl. Zusammenstellung. Die Verf. können des wärmsten Dankes aller Benutzer des Werkes für den zuverlässigen Führer versichert sein, der gerade auf dem vorl. Gebiet besonders erwünscht war. Denn nicht wie auf dem Gebiete des materiellen Rechts bildet ein umfassendes Gesetz die Quelle des geltenden Rechts, von dem die Reform ausgeht und auf dem sie aufbaut; strafvollzugsrechtliche Vorschriften finden sich vielmehr in den verschiedenen Gesetzen verstreut, während die Hauptmasse der den Strafvollzug regelnden Bestimmungen in den Dienst- und Vollzugsvorschriften enthalten sind, die die einzelnen Länder auf Grund der „Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafen" von 1923 erlassen haben. Die vorl. Zusammenstellung bringt, von dem Text der RTVorlage des Strafvollzugsgesetzes ausgehend, eine synoptische Gegenüberstellung des Wortlauts der Reichsratsvorlage, der geltenden gesetzlichen Bestimmungen und der Ziffern der Paragraphen der Grundsätze von 1897 und der an ihre Stelle getretenen von 1923, ferner der Vollzugsvorschriften der Länder und schließlich des ersten gesetzgeberischen Versuches des Reiches, den Vollzug der Freiheitsstrafen gesetzlich zu ordnen, den 1879 dem Bundesrat vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen", der niemals an den RT. gelangt ist. Ein Anhang, der eine Gegenüberstellung der Paragraphenziffern des geltenden Recht der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs mit den Paragraphen der beiden Strafvollzugsgesetzentwürfe von 1927 gibt, ermöglicht es, nachzuprüfen, ob und in welcher Gestalt die einzelnen jetzt geltenden Vorschriften im künftigen Recht weiterbestehen werden. Beiden Verf. gebührt für ihre mühevolle und vorbildliche Arbeit wärmster Dank.

MinR. im PrJustMin. F. Hartung, Berlin.

Dr. Walter Martin Fraeb, Landgerichtsrat in Hanau: **Die straf- und zivilrechtliche Stellungnahme gegen den Rauschgiftmißbrauch mit Abänderungsvorschlägen zur Strafrechtsreform, zum BGB. und zum OpiumG.** Unter Mitarbeit von Dr. med et phil. Paul Wolff, Berlin. Berlin 1927. 235 S. Preis kart. 10 ℳ.

Das vorliegende Büchlein ist für den Juristen und Arzt gleich interessant. Die Verwendung von Morphium, Kokain und anderen Alkaloiden ähnlicher Art und ihr Mißbrauch vom ärztlichen wie vom juristischen Standpunkt steht heute im Mittelpunkt der Erörterungen in der medizinischen Fachpresse. Die immer stärker hervortretenden Folgeerscheinungen der Alkaloidsuchten haben den Verf. veranlaßt, den bisher bestehenden Rechtszustand zusammenzufassen, der für die Beurteilung der durch den Rauschgiftmißbrauch entstandenen oder beeinflußten Handlungen maßgebend ist. Er stellt eine Reihe von Forderungen auf zu deren Begründung und sucht die Notwendigkeit einer schärferen juristischen Erfassung des Rauschgiftmißbrauches durch Wiedergabe von Fällen aus dem Leben darzutun. Es wird im ersten Teil der Rauschgiftmißbrauch vom ärztlichen Standpunkt und die damit zusammenhängenden medizinischen und pharmazeutischen Fragen vom Schriftleiter der Deutschen medizinischen Wochenschrift, Dr. Wolff, besprochen, der sich seit längerer Zeit mit der Bekämpfung der Alkaloidsuchten beschäftigt, sodann werden die internationale und deutsche Opiumgesetzgebung, die Entwicklung der Kriminalität nach dem deutschen OpiumG., die einschlägigen Bestimmungen des geltenden StGB., des BGB., die Alkaloidsucht als Dienstbeschädigung, die Berücksichtigung der Alkaloidsucht im gerichtlichen Verfahren und die bisher vorgeschlagenen Reformen behandelt. Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Reformgesetzgebung nach dem Vorentwurf zum StGB., dem Gegen- und Kommissionsentwurf, dem Entw. von 1925 und 1927 und dem amtl. Entw. eines StrafvollzugsG. Zum Schluß formuliert Verf. die Forderungen, die an die Reformgesetzgebung im einzelnen zu stellen sind. Die Bestimmungen des OpiumG. müßten so klar gefaßt werden, daß jede unwissenschaftliche, heilwidrige, gesundheitsschädliche Verordnung von Suchtstoffen durch den Arzt und die daraufhin in Kenntnis dieser Umstände erfolgende Angabe seitens des Apothekers zweifelsfrei für strafbar erklärt wird. Jeder Süchtige muß verpflichtet sein, sich durch einen approbierten Arzt behandeln zu lassen. Der Rauschgiftsucht Verdächtige sollen durch die Gesundheitsbehörde zur ärztlichen Untersuchung oder zur Vorlegung eines ärztlichen Zeugnisses über ihren Gesundheitszustand angehalten werden, sie können einem Heilverfahren unterworfen oder in einer Entziehungsanstalt untergebracht werden. Auch ein unmittelbarer Zwang hierzu ist zulässig, und zwar durch das Vormundschaftsgericht. Der behandelnde Arzt hat der Gesundheitsbehörde anzuzeigen, wenn sich der Süchtige der ärztlichen Beobachtung oder Behandlung entzieht oder wenn er andere infolge seines Berufes (Arzt) oder seiner persönlichen Verhältnisse besonders gefährdet. Nicht heilmittelmäßiger Genuß und unbefugter Besitz von Suchtstoffen ist unter Strafandrohung zu verbieten. Auch der Großhandel ist in die Verkehrsbeschränkungen bei der Abgabe von Suchtstoffen einzubeziehen. Die Verkaufsvermittelung von Suchtstoffen ist unter Strafe zu stellen. Sämtliche Suchtstoffe sind unter das OpiumG. zu stellen. Abgabe von Suchtstoffen in Substanz ist zu bestrafen. Kommen dem Apotheker Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zur Kenntnis, so hat er sofort der Gesundheitsbehörde Anzeige zu erstatten. Für Ärzte und Apotheker, die sich Verstöße zuschulden kommen lassen, und für alkaloidsüchtige Ärzte und Apotheker ist Approbationsentziehung vorzusehen. Die Alkaloidsucht ist im StGB. ausdrücklich als Grund verminderter Zurechnungsfähigkeit und als Strafzumessungsgrund aufzuführen. Anwendung von Suchtstoffen gegen eine Person ist als „Gewalt" zu bezeichnen. Dem Strafrichter soll die Befugnis gegeben werden, die vorläufige Unterbringung Alkaloidsüchtiger in einer Entziehungsanstalt anzuordnen, das weitere ist dem Vormundschaftsgericht zu überlassen. § 243 (Lebensgefährdung) wäre auf die Suchtstoffschleichhändler auszudehnen. Der Strafvollstreckungsbehörde soll die Befugnis zur Stellung des Antrages auf Entmündigung wegen Alkaloidsucht, dem Helfer in der Schutzaufsicht ebenso beigelegt werden. Im § 6 BGB. ist die Alkaloidsucht als besonderer Entmündigungsgrund aufzunehmen. Im § 114 BGB. muß die Entmündigung und vorläufige Vormundschaft von Alkaloidsüchtigen den übrigen Entmündigungsgründen in Ansehung der beschränkten Geschäftsfähigkeit ausdrücklich gleichgestellt werden. Beim Entmündigungsverfahren über Alkaloidsüchtige muß die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft und deren Befugnis zur Antragstellung im § 680 ZPO. vorgesehen werden.

Prof. Dr. Ziemke, Kiel.

E. M. Mungenast: Der Mörder und der Staat. Die Todesstrafe im Urteil hervorragender Zeitgenossen. Stuttgart 1928. Walter Hädecke Verlag.

60 Originalbeiträge von Sachverständigen, Psychiatern und Zeitgenossen, u. a. Dr. M. Hirschfeld, Prof. Dr. Hoche, Dr. Mönkemöller, Dr. Weygandt, Dr. Wilmanns, A. Bassermann, G. Bäumer, Ernst Barlach, Otto Flake, Bruno Frank, Hasenclever, Hermann Hesse, Arno Holz, R. Huelsenbeck, Georg Kaiser, Alfred Kerr, Dr. O. Landsberg, Mac Donald, Heinr. Mann, Walter v. Molo, Alfred Neumann, Rudolf Olden, Fr. v. Payer, Max Bechstein, Gustav Radbruch, Romain Rolland, Bernhard Shaw, Helene Stöcker, Ernst Toller, J. M. Verweyen, Jak. Wassermann, Theodor Wolff, Stefan Zweig.

Fort mit der Todesstrafe. Rede des Abgeordneten Dr. **Kurt Rosenfeld**, gehalten am 26. Oktober 1927 im Sonderausschuß des Reichstages zur Beratung des Strafgesetzentwurfes. Berlin. E. Laubsche Verlagsbuchhandlung.

Sittlichkeit und Strafrecht. Gegenentwurf zu den Strafbestimmungen des amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches über geschlechtliche und mit dem

Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen (Abschnitte 17, 18, 21, 22 und 23) nebst Begründung herausgegeben vom Kartell für Reform des Sexualstrafrechts. Berlin 1927. Verlag der Neuen Gesellschaft. Preis 2 *M*.

Kindermißhandlungen. Vorschläge zur Strafrechtsreform ausgearbeitet von der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen und der Deutschen Zentrale für freie Jugendwohlfahrt auf Grund von Material des Deutschen Archivs für Jugendwohlfahrt. Berlin 1928

Ausland.

Dr. **Franz Exner**, Prof. an der Universität Leipzig: **Krieg und Kriminalität in Österreich.** Mit einem Beitrag über die Kriminalität der Militärpersonen von Prof. Dr. G. Lelewer, Wien. (Carnegie-Stiftung für internationalen Frieden. Abteilung für Volkswirtschaft und Geschichte). Wien 1927. Hölder-Pichler-Tempsky A. G. Yale University Press, New Haven. XIII u. 219 S. gr. 8°. Preis Ganzleinen 11,25 *M*.

Das Problem der Beziehungen zwischen Krieg und Kriminalität ist eines der anziehendsten, aber auch schwierigsten Probleme der Kriminologie — schwierig nicht nur deshalb, weil eine ungeheuere Fülle von Material zu bewältigen ist, sondern auch, weil es trotz der Fülle des Materials außerordentlich schwer ist, für viele wichtige Fragen hinreichend zuverlässige Unterlagen beizubringen. Da ich mich selbst vielfach mit der Erörterung von Fragen dieser Art befaßt habe, kenne ich die ungeheueren Schwierigkeiten, die der Kriminologe hier zu überwinden hat. Das Problem „Krieg und Kriminalität" in seiner allgemeinen Bedeutung wird man wohl auf lange hinaus noch nicht einwandfrei lösen können. Wenn es aber eines Tages gelingen sollte, die eigenartigen Beziehungen, die zwischen den beiden großen Komplexen „Krieg" und „Kriminalität" anzunehmen sind, aufzuhellen, so wird dies nur dadurch möglich werden, daß zunächst einmal ein kleinerer Ausschnitt des Gesamtproblems in so mustergültiger, umsichtiger Arbeit durchforscht und klar dargestellt worden ist, wie dies in dem Buch Exners geschehen ist. Wer den Vortrag Exners über „Krieg und Kriminalität" (Leipzig 1926) kannte, hat dem Erscheinen dieses Buches mit größter Spannung entgegengesehen. Und die Erwartung ist nicht enttäuscht worden.

Der Stoff ist in fünf große Kapitel gegliedert. Auf das erste einleitende Kapitel, welches die Aufgabe erörtert (S. 1—10), folgt das zweite Kapitel, das die Entwicklung der Kriminalität in der Kriegs- und Nachkriegszeit behandelt (S. 11—24). Das dritte Kapitel (S. 25—110) schildert einzelne Verbrechensgruppen, und zwar die Staatsdelikte, die Kriegswirtschaftsdelikte, die Vermögensdelikte, die Gewalttätigkeitsdelikte und die Sittlichkeitsdelikte. Das vierte Kapitel (S. 111—196) macht uns mit einzelnen Verbrechergruppen bekannt, nämlich den Militärpersonen, den Frauen und den Jugendlichen, und das fünfte Kapitel endlich gibt uns einen zusammenfassenden Überblick über das Gesamtbild (S. 197—214). Ein Verzeichnis der zitierten Literatur, ein Quellenverzeichnis und ein Verzeichnis der Tabellen und Diagramme beschließen das Buch. Dagegen fehlt leider ein Sachregister.

Von besonderer allgemeiner Bedeutung sind die grundsätzlichen Bemerkungen des einleitenden Kapitels, selbstverständlich auch von maßgebendem Einfluß auf die Auffassung der Aufgabe und die Methode, die Exner zur Anwendung gebracht hat, um die sich gestellte Aufgabe zu lösen. Exner verwendet in reichem Maße die Kriminalstatistik, ohne aber in den Fehler zu verfallen, aus der Kriminalstatistik mehr herauslesen zu wollen, als sie uns geben kann: „Die Kriminalstatistik gibt uns die Tatsachen an, deren Erklärung gefordert wird. Sie zeigt das Problem, aber sie löst es nicht. Sie kann uns, wenn sie feinere Differenzen enthält, auch den Weg weisen, auf dem die Erklärung zu finden ist; nie vermag sie uns diesen Weg zu führen, uns die kausalen Abhängigkeiten mitzuteilen, die wir suchen. Hierzu bedarf es psychologischer Erwägungen, die uns wesentlich erleichtert werden durch die Verwertung der Erfahrungen, welche die Praxis an einzelnen Fällen gemacht hat" (S. 4 f.). Das ist durchaus richtig: Kriminalstatistik ist nicht Kriminalpsychologie und kann es auch niemals werden. Das ist auch der Standpunkt, wie ich ihn in meinen einschlägigen Arbeiten stets vertreten habe, so etwa in dem Buch „Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen" (Halle 1916 [S. 26 f.]). Auch für die Fehlerquellen der Kriminalstatistik, und zwar sowohl die allgemeinen als auch die besonderen, ist Exner nicht blind (S. 5 ff., 33).

Dieser Erkenntnis gemäß bemüht er sich überall, die Zahlen der Kriminalstatistik auf das vorsichtigste zu deuten, und zwar aus kriminalpsychologischen, wirtschaftlichen und anderen Erfahrungen heraus. Die Darstellung wird durch zahlreiche eingestreute Einzelfälle belebt, ohne daß die Übersichtlichkeit der Darstellung darunter leidet und ohne daß die große Linie verlorengeht. So gewinnen wir ein außerordentlich anschauliches, lebendiges Bild von der Einwirkung des Krieges auf die Kriminalität in Österreich. Vielfach werden Parallelen zu der entsprechenden Entwicklung der Kriminalität in Deutschland gezogen, ja nicht selten muß dort, wo die Zahlen der österreichischen Kriminalstatistik versagen, unmittelbar auf die deutschen Verhältnisse zurückgegriffen werden. Es geschieht das aber in so vorsichtiger Weise, daß die allgemeinen Schlüsse, die abgeleitet werden, kaum an Beweiskraft verlieren dürften.

Auf Einzelheiten kann ich selbstverständlich hier nicht eingehen. Ich darf aber dem Wunsche Ausdruck geben, daß das Buch von recht vielen gelesen, ja studiert werden möge, denn es ist für den Kriminalpsychologen und den Kriminalsoziologen, für den Kriminalpolitiker und für den Kulturhistoriker von größtem Interesse. Nur auf einige wenige Erörterungen Exners will ich wenigstens kurz hinweisen, so auf seine scharfe Kritik der Kriegswirtschaft (S. 54 ff.), auf die Feststellung der besonders bedauerlichen Tatsache, daß die Armee der Diebe ganz erheblichen Zuzug aus Kreisen erhalten hat, die ihr bisher ferngestanden hatten (S. 73), auf die feinen — und, wie ich glaube, zutreffenden — Bemerkungen über die Verrohung durch den Krieg (S. 96 f.), auf die Erörterungen des eigenartigen Zusammenhanges zwischen Sittenlosigkeit und Sittlichkeitsverbrechen (S. 104 f.), auf die höchst unerfreulichen Erscheinungen in der Presse (S. 106 ff.) und auf die Schundfilme (S. 107 f.) in der Nachkriegszeit.

Von großer allgemeiner Bedeutung sind auch Exners Ausführungen an verschiedenen Stellen (S. 75, 86, 200 f., 201) über die Not als Verbrechensursache. Ich kann ihm hier allerdings nicht ganz folgen. Exner unterscheidet eine unmittelbare Wirkung der Not und eine mittelbare. Er meint, wenn man die Not als Ursache erhöhter Kriminalität betrachte, so sei dies nicht notwendig so zu verstehen, daß sich die einem persönlichen Hunger- oder Kältegefühl entspringenden Taten wesentlich vermehrt haben müßten. Bedeutsamer als diese unmittelbare Wirkung der Notlage sei die mittelbare: „Dabei handelt es sich nicht um die Bedrängnis des einzelnen, sondern schlechtweg um die wirtschaftliche Bedrängnis des ganzen Volkes. Wir sehen nämlich, daß die Not der Gesamtheit durch hundertfältige Fäden das Verbrechen nach sich zieht, und zwar auch Verbrechen von Menschen, die für ihre Person in noch durchaus erträglichen wirtschaftlichen Verhältnissen leben" (S. 74 f.). An einer späteren Stelle sagt er, die wirtschaftliche Not sei die wesentlichste Ursache der erhöhten Vermögenskriminalität gewesen. Auch die Kriminalität von Personen, die sich überhaupt nicht in wirtschaftlicher Schwierigkeit befinden, könne eine „durch die Wirtschaft verursachte Kriminalität" sein. Man müsse zwischen der Not des einzelnen und der Not der Gesamtheit unterscheiden. „In Tausenden von Fällen mag die unmittelbare Not des Täters selbst schon sein Verhalten ausreichend erklären, allein die Kriegszeit hätte nie einen so mächtigen Schwall von Vermögensdelikten bringen können, wenn ihnen nicht durch die Bedrängnis des ganzen Volkes bisher ungeahnte Quellen eröffnet worden wären. Vor allem hat sie verursacht, daß den Leuten die schwersten Versuchungen und die günstigsten Gelegenheiten geboten wurden, ihre Lebensbedürfnisse auf verbrecherischem Wege zu befriedigen." Das wird dann eingehend ausgeführt (S. 86 ff.). Und auch in dem Schlußkapitel betont Exner die Erkenntnis, daß auch der Mangel, den „die anderen" leiden, zur vielfältig wirkenden Verbrechensquelle wird: „Wenn die Leute aus Hunger einen Brotwagen plündern oder Liebesgabenpakete erbrechen, so hat sie freilich die eigene Bedrängnis zum Verbrechen geführt. Wenn einer aber Kupfer, Leder oder Kohlen stiehlt, weil er weiß, daß er sie sofort zu den höchsten Preisen an den Mann bringen kann, oder Brotkarten fälscht, weil sie reißenden Absatz finden, oder anderen Leuten vortäuscht, gegen eine gute Anzahlung einen Sack Mehl liefern zu können, oder wenn einer Sand in den Zucker mischt oder Stiefeln mit Pappsohlen verkauft, in der sicheren Aussicht, daß der Käufer doch ungeprüft alles nehmen und bezahlen werde, oder wenn einer Schweigegelder erpreßt von dem, der unzulässige Warenvorräte besitzt oder Wohnräume in Anspruch nimmt — da ist es nicht die eigene Not, die ihn zum Verbrechen führt, sondern die Not des Opfers, aus der er zu profitieren vermag, es ist die Not der Gesamtheit, die seine Tat überhaupt erst möglich macht" (S. 200 f.).

Gewiß liegt diesen Bemerkungen eine richtige Beobachtung zugrunde. Gewiß kann man als eine Verbrechensursache im weiteren Sinn auch die Not der anderen bezeichnen. Doch muß man sich vor dem naheliegenden Trugschluß hüten, als ob die eigene Not als Verbrechensursache mit der Not der anderen als Verbrechensursache auf derselben Stufe stände. In Wirklichkeit haben

beide für die kriminalpsychologische und auch für die kriminalpolitische Betrachtung eine ganz verschiedene Bedeutung. Soweit es sich um ein Verbrechen handelt, das durch wirkliche Not des Täters verursacht worden ist, wird man von der Tat sagen können, daß sie in der Hauptsache nicht durch die Anlage des Täters, sondern durch die Umwelt bedingt sei; eine Bekämpfung dieser ungünstigen Umwelteinflüsse durch geeignete sozialpolitische und fürsorgerische Maßnahmen liegt durchaus im Bereich des Möglichen. Verbrechen dagegen, auf deren Entstehung nur die Not der anderen von Einfluß gewesen ist, nicht die eigene Not, zeugen von einer erheblich größeren verbrecherischen Gesinnung; man wird hier das Entscheidende nicht in der Umwelt erblicken dürfen, sondern in der Anlage des Verbrechers; die allgemeine Not wirksam zu bekämpfen ist kaum möglich, und ebensowenig wird man die Anlage des Verbrechers wesentlich beeinflussen können. Es handelt sich mithin um Verbrechensursachen ganz verschiedener Art. Es kann nur irreführen und zu schweren Mißverständnissen Anlaß geben, wenn man sie miteinander vermengt.

Diese begriffliche Unklarheit scheint mir auch wesentlich dazu beizutragen, daß Exner zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Krieg in entscheidender Weise gezeigt habe, welchen ungeheueren Einfluß die sozialen Momente als Verbrechensursachen haben, und daß durch die Kriegserfahrungen der Streit zwischen den beiden großen Richtungen, von denen die eine die Anlage, die andere die Umwelt für das Entscheidende hält, zugunsten der letzteren Meinung geklärt sei (S. 2 f.). Gewiß ist der Einfluß der sozialen Momente außerordentlich groß, und unbestreitbar haben die Kriegszeit und die Nachkriegszeit dies in einem großartigen Massenexperiment weithin sichtbar gemacht. Aber trotzdem glaube ich nicht, daß hierdurch der Streit, ob Anlage oder ob Umwelt das Entscheidende sei, irgendwie geklärt worden ist oder auch nur hat geklärt werden können. Die auch von Exner (S. 86) zugegebene Tatsache, daß der Mittelstand trotz der gerade ihn vielfach in besonderem Maße schwer treffenden wirtschaftlichen Not im großen und ganzen doch intakt geblieben und nicht kriminell geworden ist, deutet eher dahin, daß nicht die Not, nicht die Umwelt das Entscheidende ist, sondern die Anlage; denn wie anders will man es erklären, daß ein Teil des Volkes unter der Einwirkung von Not kriminell geworden ist, ein anderer Teil des Volkes aber, den die gleiche oder gar noch härtere Not gedrückt hat, trotzdem allen Versuchungen widerstanden hat? Gewiß sind in der Kriegszeit und in der Nachkriegszeit Tausende und Abertausende, die in normalen Zeiten niemals ein Verbrechen begangen haben würden, kriminell geworden. Das beweist aber nur, daß ihre Anlage derart war, daß sie unter normalen Verhältnissen den Verbrechensanreizen haben Widerstand leisten können, daß sie dagegen den größeren Versuchungen in Zeiten der Not nicht gewachsen gewesen sind. Ihre latente Anlage zur Kriminalität ist durch die Verhältnisse der Kriegszeit und der Nachkriegszeit erst aktuell geworden.

LGDir. Dr. Albert Hellwig, Potsdam.

N. Krylenko: Weißer und roter Terror. Wien 1927. Verlag für Literatur und Politik (Dr. Johannes Wertheim). 36 S. Preis 0,30 ℳ.

N. Krylenko: Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht. Wien 1927. Verlag für Literatur und Politik (Dr. Johannes Wertheim). 30 S. Preis 0,40 ℳ.

Beide Schriften erheben sich nicht über das Formniveau der politischen Propagandaliteratur.

„Weißer und roter Terror" ist gegen die russischen Sozialrevolutionäre (Menschewiki) und gegen die deutschen Sozialdemokraten (insbes. gegen einen Aufsatz Kautskys im „Vorwärts" v. 13. Juli 1927) gerichtet. Krylenko beschuldigt die Menschewiki hochverräterischer Beziehungen zu den kaukasischen und georgischen Revolutionären und wirft ihnen Konspiration mit England vor. Diesen konterrevolutionären Bestrebungen gegenüber befinde sich der Sowjetstaat in Notwehr: die Verschickung von Menschewiki in die Massenlager von Solowetzki und Susdal sei daher ebenso gerechtfertigt, wie die am 10. Juni 1927 erfolgte Erschießung von zwanzig besonders gefährlichen Konterrevolutionären. Bei der gefährdeten äußeren und inneren Lage der Sowjetregierung sei Terror das einzig angebrachte, weil allein wirksame Mittel.

„Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht" muß deshalb den Feinden der proletarischen Klassenherrschaft gegenüber auf der rigorosen Durchführung des Sicherungsgedankens bestehen. Tod, Verbannung oder strenge Isolierung drohen dem „Vertreter der Bourgeoisie". Wer aber „aus Arbeiter- oder Bauernkreisen" ist und „zufällig" eine unter Strafe gestellte Handlung begeht, soll gebessert werden: für ihn werden alle pädagogischen Maßregeln nutzbar gemacht, welche die Reformbewegung des „Westens" in den letzten Jahrzehnten erdacht und erprobt hat.

Dem Verf., der den Gedanken „abstrakter Gerechtigkeit" für ein Produkt des bürgerlichen Klassengeistes erklärt und verwirft, könnte die Lektüre eines Abrisses der Geschichte der Philosophie gelegentlich nützliche Dienste leisten. Seiner Definition der Aufgabe des Rechts als des „Schutzes der Macht der Werktätigen" wird aber auch der Jurist getrost den klassischen Spruch des Celsus entgegenhalten dürfen.

Prof. Dr. Erik Wolf, Heidelberg, z. Z. Kiel.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und Justizrat Dr. Schrömbgens.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

1. §§ 123, 138 BGB. Begründete Drohung mit Strafanzeige oder Anzeige bei der Disziplinarbehörde im Interesse des eigenen Rechtsschutzes ist nicht widerrechtlich und berechtigt deshalb nicht zur Anfechtung nach § 123 BGB.]

Die Klage wird darauf gestützt, daß die Bewilligung der Grundschuld des Rechtsgrunds deshalb entbehre, weil der Vergleich wegen widerrechtlicher Drohungen der Bekl. gegenüber den Eheleuten W. von diesen angefochten, also nichtig sei und deshalb eine Forderung der Bekl. an die Eheleute W., zu deren Sicherheit die Kl. die Grundschuld habe eintragen lassen, nicht bestehe. Dem Ehemann W. hat die Beklagte mit Strafanzeige gedroht, sie hat ihm auch die Einleitung des Disziplinarverfahrens in Aussicht gestellt. Der BR. verneint die Widerrechtlichkeit dieser Drohungen, weil die Vornahme der Wechseldiskontierungen durch W. satzungswidrig gewesen sei und auch durch den Vorstand der Sparkasse solche Geschäfte nicht hätten genehmigt werden können, daher ein Schadensersatzanspruch der Bekl. gegen W. bestanden habe; zum mindesten habe die Bekl. damals gutgläubig das Bestehen eines solchen Anspruchs angenommen. Daß in solchen Fällen der Verletzte, um sein Recht zu schützen, zu dem Mittel der Strafanzeige greifen darf, ist anerkannten Rechts (RG. 108, 104[1]); 110, 384[2]); 112, 228[3])). Der gute Glaube der Bekl. wird vom BR. positiv angenommen und tatsächlich begründet; daß sie, wie die Rev. meint, hätte Zweifel haben müssen, kann demgegenüber für das RevG. nicht in Frage kommen. Die Rev. will für die Widerrechtlichkeit die näheren Umstände verwertet wissen, unter denen die Androhung der Strafanzeige erfolgt sei: die Bekl. habe ihr Autoritätsverhältnis gegenüber ihrem Beamten W. dazu benutzt, ihn durch Inaussichtstellen des Strafverfahrens zu Geldopfern zu nötigen, und sie habe, indem sie den städtischen Beamten in dem Arrestverfahren ein Schweigegebot auferlegte, diese zugleich als Zeugen eines Strafverfahrens einschüchtern wollen. Für die letztere Behauptung eines Einschüchterungsversuchs sind Unterlagen nicht beigebracht. Es kann aber auch nicht angenommen werden, daß die von einem ihrer Beamten geschädigte Stadtgemeinde ihr Machtverhältnis mißbraucht, wenn sie unter Androhung des nach ihrer Ansicht gerechtfertigten Strafverfahrens Ersatz zu erlangen sucht; sie steht dann dem Schädiger wie jede andere Privatperson

[1]) JW. 1924, 1589. [2]) JW. 1925, 1484. [3]) JW. 1926, 1430.

gegenüber. Die Bekl. hat ferner nicht dadurch widerrechtlich gehandelt, daß sie dem W. das Disziplinarverfahren in Aussicht stellte, obwohl sie seine Dienstherrin war. Auch das Disziplinarverfahren dient wie das Strafverfahren Zwecken der öffentlichen Rechtsordnung. Seine Beschränkung auf Beamte ändert daran nichts. Ebenso wie jeder Dritte, um zu seinem Rechte zu kommen, Anzeige bei der Disziplinarbehörde in Aussicht stellen darf, ohne i. S. des § 123 BGB. widerrechtlich zu handeln, kann die städtische, mit entsprechenden Disziplinarbefugnissen nicht ausgestattete Behörde ihrem Beamten gegenüber erlaubterweise ein solches Mittel anwenden, um die Stadt vor Schaden zu schützen. Als weitere gegen die Eheleute W. widerrechtlich angewandte Zwangs- und Druckmittel hat die Kl. die Vollziehung des Arrestes sowie die Inaussichtstellung der Hauptklage und der Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke vorgebracht. Auch hier hat der BR. mit zutreffenden Gründen das Vorliegen einer widerrechtlichen Drohung abgelehnt. Soweit die Arrestvollziehung in die der Ehefrau und ihrem Onkel gehörenden Gegenstände erfolgt und mit deren Verwertung gedroht sein soll, legt der BR. mit Recht Gewicht darauf, daß von der Ehefrau und ihren Verwandten keine Widerspruchsklage erhoben worden ist; auf die Angabe des Ehemanns W., daß es sich um fremdes Eigentum handle, brauchte sich die Bekl., wie der BR. zutreffend annimmt, nicht zu verlassen. Da ferner das gerichtliche Vorgehen der Bekl. gegen W. berechtigt war, kann auch nicht angenommen werden, daß der Erlaß des Schweigegebots an die städtischen Angestellten, wodurch ihnen die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen im Arrestverfahren untersagt worden ist, eine unzulässige Willensbeeinflussung gegenüber W. enthielt. Die Verweigerung des Armutszeugnisses durch den zuständigen Beamten der Bekl. war für W. bei Abschluß des Vergleichs nicht bestimmend. Die Kl. macht in zweiter Linie geltend, daß der Vergleich gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei. Sie führt zur tatsächlichen Begründung im wesentlichen das vorstehend erörterte Verhalten der Bekl. gegenüber den Eheleuten W. an. Möglich ist, daß beim Vorhandensein eines Anfechtungsgrundes nach § 123 BGB. zugleich der Gesamtcharakter des Vertrags diesen zu einem sittenwidrigen und deshalb nichtigen Geschäft stempelt (RG. 114, 342 [4])). Wie sich aber aus den bisherigen Ausführungen zur Genüge ergibt, kann unter den obwaltenden Verhältnissen der Bekl. ebensowenig wie eine widerrechtliche Drohung darüber hinaus ein Verstoß gegen die guten Sitten zum Vorwurf gemacht werden. Insbes. ist für eine Bösgläubigkeit der Bekl. bei der Verweigerung des Armutszeugnisses nichts dargetan.

(Urt. v. 15. März 1928; 701/27 IV. — Berlin.) [Ka.]

2. § 123 BGB. Die Drohung mit Klage ist nicht widerrechtlich, wenn der Drohende an die Berechtigung des erstrebten Erfolges geglaubt hat. †)

(U. v. 9. Febr. 1928; 386/27 IV. — Celle.)

Abgedr. JW. 1928, 1135 [2].

3. §§ 339, 343 BGB. Satzungsgemäße Strafgewalt rechtsfähiger Vereine. †)

Geldstrafen, die von den zuständigen Organen eines rechtsfähigen Vereins auf Grund der Satzung gegen Mitglieder wegen Verletzung der Vereinspflichten verhängt werden, haben nicht die rechtliche Natur von Vertragsstrafen i. S. der §§ 339 ff. BGB., selbst wenn sie in der Satzung als solche bezeichnet sind. Ihre Verhängung bildet vielmehr ebenso wie die strafweise Ausschließung eines Mitglieds einen Akt der Selbstverwaltung des Vereins, dem sich das Mitglied durch seinen Beitritt unterworfen hat. Ein vertragliches Versprechen gegenüber dem Verein als Gläubiger liegt nicht vor, weder ein akzessorisches (§ 339 BGB.) noch — was hier in Frage kommen könnte — ein selbständiges gemäß § 343 Abs. 2 BGB. (sog. uneinheitliches Strafgedinge). Alsdann hat aber der Prozeßrichter im allgemeinen ebensowenig wie bei der Ausschließung eines Mitglieds die sachliche Berechtigung der Strafe nachzuprüfen, also nicht ihre Angemessenheit und Höhe oder im Rahmen der Satzung das Vorliegen ihrer sonstigen sachlichen Voraussetzungen; er ist auch zu einer Herabsetzung der Strafe nicht befugt. Der Senat hält insoweit an den in seinem Urt. v. 13. Nov. 1919 (IV 371/19) entwickelten Grundstücken fest (vgl. auch RG. 73, 191 [1]); JW. 1915, 1426 [1]; 1927, 691 [30]). Nur in der Richtung, ob der Strafbeschluß überhaupt in der Satzung seine Stütze findet, ob bei der Verhängung der Strafe die das Verfahren betreffenden Satzungsvor-

[4]) JW. 1927, 36.

[1]) JW. 1910, 467.

Zu 2. Der Entsch. ist zu widersprechen. Von den Prämissen des RG. aus mußte die Anfechtbarkeit rundweg bejaht und das BU. aufrechterhalten werden. In Wahrheit aber mußte die Anfechtbarkeit rundweg verneint und die Klage abgewiesen werden.

1. Das RG. geht davon aus, daß das Androhen der Klagerhebung eine Drohung i. S. § 123 BGB. sei. Es geht weiter davon aus, daß Widerrechtlichkeit i. S. des § 123 schon dann vorliege, wenn der mit der Drohung bezweckte Erfolg unerlaubt sei, möge auch das Mittel erlaubt sein. Die Unerlaubtheit des Zweckes kann nur auf die Frage hinauslaufen, ob dem Drohenden ein Recht auf den bezweckten Erfolg zustehe oder nicht. Die Unterscheidung des RG. zwischen Handlungen auf Grund der allgemeinen Freiheit und solchen Handlungen, die von der Rechtsordnung eigens zur Verfügung gestellt seien, um den bezweckten Erfolg herbeizuführen, ist willkürlich. Die Rechtsordnung stellt die Klagerhebung zur Verfügung, um bestehende Rechte durchzusetzen, nicht um nichtbestehende Rechte durchzusetzen. Mithin kann man die Klagerhebung nicht anders beurteilen als die Handlungen auf Grund der allgemeinen Freiheit. Hatte also der Drohende kein Recht auf den bezweckten Erfolg, so war die Widerrechtlichkeit gegeben. Auf eine Annahme des Drohenden, daß er ein Recht habe, durfte es nicht ankommen. Das BG. urteilte folgerichtig, wenn es aussprach, das Gesetz wolle nicht den Drohenden bestrafen, sondern die freie Willensentschließung gewährleisten. Das Vorliegen einer widerrechtlichen Drohung hängt nicht von einem Verschulden des Drohenden ab.

Wenn man übrigens die Lehre des RG., daß Drohung mit dem eigens zur Verfügung gestellten Mittel der Klagerhebung nicht schon deshalb widerrechtlich sei, weil der Anspruch der Begründung entbehre, hinnehmen will, so darf es in umgekehrter Richtung auf den guten Glauben des Drohenden nicht ankommen. Stellt die Rechtsordnung das Mittel der Klagerhebung auch für nichtbestehende Rechte zur Verfügung, so kann man nicht weiter spalten dahin, daß sie das Mittel nur dem Gutgläubigen zur Verfügung stelle. Dann ist die Drohung mit Klagerhebung niemals widerrechtlich. Ein Verschulden des Drohenden ist zum Vorliegen einer widerrechtlichen Drohung, wie nicht erforderlich, so auch nicht genügend.

2. In Wahrheit sollte man in Fällen wie der vorliegende nicht erst die Widerrechtlichkeit in Frage ziehen, sondern bereits das Vorliegen einer Drohung im Rechtssinne verneinen (vgl. Henle, Allg. Teil S. 252 ff.; Schneidewin: ZStW. 46, 431 f.). Das Androhen der Klagerhebung ist keine Drohung, insofern der „Bedrohte" durch die Ankündigung eines an und für sich schon als selbstverständlich zu gewärtigenden Vorgehens seitens des „Drohenden" nicht in seiner freien Willensentschließung beeinträchtigt werden kann. Nur in seltenen Fällen kann die Klagerhebung als nur vom Schädigungszweck getragen erscheinen und damit eine Drohung im Rechtssinne gegeben sein. So vor allem dann, wenn der Drohende selbst ausspricht, daß er kein Recht auf den Erfolg habe und nur im Hinblick auf die Scheu des Bedrohten, mit dem Gerichte zu tun zu haben, klagen werde (vgl. ferner Henle, Drohung in Anfechtbarkeits- und Erpressungstatbestand, 1925, S. 20 f.). Derartiges kam im Streitfalle nicht in Betracht. Die Klage war also rundweg abzuweisen. Auf den guten Glauben des „Drohenden" kommt es abermals nicht an. Der subjektive Tatbestand gehört in die Frage nach dem Vorliegen einer widerrechtlichen Drohung nirgends herein. Auf die Fragen, die aus § 166 BGB. erwachsen müßten, und die das RG. ungeprüft gelassen hat, ist daher nicht einzugehen.

Es ist ein ungesunder Zustand, wenn auf das Vorgehen des RA. hin, der lediglich die energische Verfolgung der Rechte seines Mandanten in Aussicht gestellt hat, die Anfechtbarkeits- oder gar die Erpressungsfrage aufgerollt werden kann. Der Fall ist geeignet, aufs neue die Unhaltbarkeit der Lehre von der Widerrechtlichkeit und die Unerläßlichkeit der Ausfeilung des Drohungsbegriffes selbst vor Augen zu führen.

Prof. Dr. Henle, Rostock.

Zu 3. Die Entsch. bestätigt die frühere, in den Gründen zitierte Rspr. des RG. Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung sind eng, aber ausreichend. Im Falle offenbarer Unbilligkeit oder Sittenwidrig-

schriften beobachtet sind und ob die Strafvorschrift nicht etwa gegen die guten Sitten verstößt oder die Bestrafung selbst ganz offenbar unbillig ist, hat eine richterliche Prüfung stattzufinden. In letzterer Hinsicht erhebt die Bekl. den Einwand sittenwidrigen Zwangs, weil sie durch die Bestimmung in §5 Abs. 3 der Satzung in ihrer Willens- und Bewegungsfreiheit insofern unzulässig beschränkt worden sei, als sie danach keine Möglichkeit gehabt habe, ihren Austritt rechtzeitig vor Verwirkung der Strafe zu erklären. Der BR. stellt hierzu fest, daß die Bekl. nach dem 15. April 1924 — an welchem Tage die Mitgliederversammlung die Nichtdurchführung des Beschlusses über die verlängerte Arbeitszeit als Tarifbruch erklärte — mit Wirkung zum 31. März 1925, dem Ablauf des damals geltenden Tarifvertrags, ohne jede Straffolge habe austreten können. Wenn §5 Abs. 3 der Satzung bestimme, daß eine Austrittserklärung auf die Verpflichtung zur Leistung der Strafe schon dann ohne Einfluß sei, die Bestrafung also auch dann nicht hindere, wenn der Austritt wegen einer nur drohenden Strafe erklärt werde, so liege hier diese Voraussetzung nicht vor. Die Strafe „drohe" i. S. der Vorschrift dem Mitglied immer erst dann, wenn eine angemessene Frist seit dem Beschluß verstrichen sei, in der es sich wie im Streitfall die Bekl. habe entscheiden können. Diese Auslegung der Satzung ist um so weniger rechtlich zu beanstanden, als §9 Abs. 1 noch nach der Feststellung des Tarifbruchs eine besondere Aufforderung des Ausschusses an das säumige Mitglied vorsieht. Ein sittenwidriges Handeln des Kl. kann auch nicht darin gefunden werden, daß er der Bekl. als einer Arbeiterstadt die Einführung des neunstündigen Arbeitstages in ihrem Betriebe zumutete und auf satzungsmäßigem Wege zu erreichen suchte. §9 der Satzung setzte für ein tarifbrüchiges Mitglied eine Strafe von 1 ℳ (Papiermark) auf den Kopf der Einwohnerzahl fest: Die in dem Beschluß der Mitgliederversammlung v. 12. Nov. 1923 vorgenommene Änderung („Goldmark" statt „Mark") ist mangels Eintrags in das Vereinsregister ohne rechtliche Wirksamkeit geblieben. Der Beschl. v. 14. Mai 1925, der an die Stelle von „Mark" „Reichsmark" setzte, ist erst am 12. Juni 1925 eingetragen worden, also nach der Straffestsetzung des geschäftsführenden Ausschusses und nach dessen Mitteilung von der Verwirkung der Strafe, aber vor der Zurückweisung der Berufung durch die Mitgliederversammlung am 11. Nov. 1925. Mit Recht haben die Vorinstanzen die Bekl. zur Zahlung der ziffernmäßig berechneten Teilstrafe in Reichsmark verurteilt. Die Straffestsetzung v. 9. April 1925 war keine endgültige, sondern auf die Berufung hin abhängig von dem Befinden der Mitgliederversammlung. Diese hatte nach §9 Abs. 2 „endgültig zu entscheiden", d. h. die Strafe endgültig festzusetzen. Sie hat, indem sie nach nochmaliger Setzung einer Frist die in Reichsmark erfolgte Festsetzung des Ausschusses aufrechterhielt, ihrerseits die im Rahmen der Vereinszuständigkeit endgültige Festsetzung vorgenommen, und zwar zu einer Zeit, als die Festsetzung satzungsgemäß in Reichsmark zu geschehen hatte. Unter diesen Umständen kann nicht anerkannt werden, daß bei der Verhängung der Strafe Satzungsvorschriften verletzt worden seien.

(U. v. 22. Sept. 1927; IV 165/27.)

4. § 339 BGB. Der Richter darf im allgemeinen ebensowenig wie bei der Ausschließung eines Vereinsmitgliedes die sachliche Berechtigung von Strafen nachprüfen, die der Verein über Mitglieder verhängt. Nachprüfbar ist nur, ob das Verfahren satzungsgemäß war und ob die Straffolge etwa sittenwidrig oder ob die Bestrafung selbst offenbar unbillig ist.†)

Das BG. meint, daß die Verhängung von Geldstrafen in die Staatshoheit eingreife und die Grenzen der Vereinsautonomie überschreite. Für die Mitglieder der bekl. Vereine könnte die Verhängung von Geldstrafen die über einen Strafzweck hinausgehende Folge haben, daß das Vertrauen ihrer Kundschaft in ihre Zuverläßlichkeit als Apotheker beeinflußt werde. Die Wirkungen der Strafen erstrecken sich mithin über den Kreis der Vereinsmitglieder hinaus. Diese Ausführungen beruhen auf einer Verkennung der Selbstverwaltungsbefugnisse der Vereine und der Rechte, die ihnen gegenüber ihren Mitgliedern zustehen. Der erk. Sen. hat in ständiger Rspr. die Festsetzung von Geldstrafen auf Grund der Satzungen eines Vereins gegen dessen Mitglieder wegen Verletzung der Vereinspflichten für zulässig erachtet (Urt. v. 8. März 1917 IV 289/16, v. 13. Nov. 1919 IV 371/19 und v. 22. Sept. 1927 IV 165/27; RG. 73, 191; JW. 1915, 1426[1]; 1927, 691[30]). An diesem Standpunkte ist festzuhalten. Auf die vom BG. angezogene Entsch. des KG.: JW. 1926, 1600 ist nicht einzugehen, weil sie den hier nicht in Betracht kommenden Fall eines Schiedsvertrages betrifft. Hiernach kann das BU. nicht aufrechterhalten werden. Bei der erneuten Verhandlung wird das BG. folgendes zu berücksichtigen haben: Der Prozeßrichter hat im allgemeinen ebensowenig wie bei der Ausschließung eines Mitgliedes die sachliche Berechtigung der Strafe nachzuprüfen, also nicht ihre

---

keit bleibt für die materielle Nachprüfung genügend Spielraum. Was für den rechtsfähigen Verein gilt, muß auch für den nichtrechtsfähigen Verein mit korporativem Charakter Rechtens sein.

Wichtig ist die Abgrenzung der vereinsrechtlichen Strafgewalt, die einen Akt der Selbstverwaltung bildet, von der Vertragsstrafe. Dies wird in den Satzungen häufig nicht beachtet, insbes. bei Kartellverträgen. Bei Kartellen ist im übrigen § 9 KartVO. zu beachten, der für gewisse Maßnahmen des inneren Organisationszwecks, nämlich für die Verwertung von Sicherheiten und die Verhängung von Sperren und Nachteilen von ähnlicher Bedeutung die Einwilligung des Vorsitzenden des KG. vorsieht.

In diesem Zusammenhang mag noch auf das für die Organisationspraxis wichtige Urt. des KG.: JW. 1926, 1600 mit Anm. von Kisch hingewiesen werden.

In einem Schiedsvertrage, der ein Verfahren vor dem Einigungsamt der Industrie- und Handelskammer vorsah, war dem Schiedsgericht die Befugnis zugesprochen, auf Bußen zu erkennen. Das KG. erklärt den Schiedsvertrag für unwirksam, weil die Zuerkennung einer Buße völlig aus dem Rahmen der zivilrichterlichen Tätigkeit herausfalle; sie könne lediglich im Strafprozeß und durch Strafurteil wegen einer nach dem Gesetz mit öffentlicher Strafe bedrohten Handlung erfolgen, und zwar immer nur neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe; das gelte insbes. von der Zuerkennung einer Buße nach § 26 UnlWG. Das KG. meint, daß auch nicht etwa eine lediglich unzutreffende Bezeichnungsweise, ein Schadensersatz, vorliege und folgert daraus, daß die Buße der Industrie- und Handelskammer zur Verwendung im Standesinteresse der Kaufmannschaft zugesprochen werden sollte. Mit Recht meint Kisch in der Anm. zu dem Urt., daß es sich offenbar um eine etwas verunglückte Ausdrucksweise handle und in Wahrheit die sog. Buße mit einem pauschalierten Schadensersatz identisch sei. Seine weiteren Ausführungen, die sich auf den speziellen Fall beziehen, interessieren hier nicht (es handelte sich um den Anspruch eines durch unlauteren Wettbewerb geschädigten Gewerbetreibenden). Kisch erörtert die recht schwierige Frage, inwieweit ein Interessenverband einen solchen Anspruch geltend machen kann. Für das Vereinsrecht muß jedenfalls die Zuerkennung von Bußen als Mittel zur Durchführung des Organisationszweckes als zulässig anerkannt werden. Ebensowenig lassen sich für die typischen Kartellschiedsgerichtsverträge aus dieser Entsch. besondere Folgerungen ziehen. Es besteht kein Bedenken, in solchen Schiedsgerichtsverträgen vorzusehen, daß Strafen wegen Verfehlungen gegen Mindestpreise oder festgesetzte Zahlungs- und Lieferungsbedingungen einer Organisation, z. B. dem betreffenden Verbande oder einem nahestehenden Verbande oder der Industrie- und Handelskammer des Bezirks zufallen.

RA. Dr. Heinrich Friedländer, Berlin.

Zu 4. Die Frage nach der rechtlichen Natur und der gerichtlichen Behandlung von Vereinsgeldstrafen gehört als eine ebenso schwierige wie praktisch bedeutsame jenem Gebiet des inneren Vereinsrechts an, das, beim fast gänzlichen Mangel positivrechtlicher Einzelnormen, ein besonders fruchtbares Feld der richterlichen Rechtsfindung und Rechtsbildung darstellt. Die obige Entsch. nimmt, indem sie einerseits die Zulässigkeit von Vereinsgeldstrafen auf Grund der Satzungen bejaht, andererseits ausspricht, daß solche Strafen keine Vertragsstrafen seien, auf die bisherige ständige Rechtsprechung des 4. Sen. Bezug. Die hierwegen angerufenen Urteile (8. März 1917, 13. Nov. 1919, 22. Sept. 1927) sind aber nicht veröffentlicht, so daß die Gründe dieser Rspr. nicht sicher erkennbar sind. (In einer Reihe veröffentlichter Entsch. ist die Frage, ob hier Vertragsstrafen vorliegen, noch dahingestellt gelassen, so in dem genossenschaftsrechtlichen Urteil des 2. Sen. v. 12. Okt. 1926: JW. 1927, 691).

Die praktische Seite der Frage liegt vor allem in einem doppelten: sind Vereinsstrafen rechtlich als Vertragsstrafen zu behandeln, wobei der freiwillige Eintritt in den Verein und die freiwillige Unterwerfung unter seine Satzung als das von dem Mit-

Angemessenheit und Höhe oder im Rahmen der Satzungen das Vorliegen ihrer sonstigen sachlichen Voraussetzungen. Er ist auch nicht zu einer Herabsetzung der Strafe befugt, weil die Geldstrafen nicht die rechtliche Natur von Vertragsstrafen i. S. der §§ 339 f. BGB. haben (so Urt. v. 22. Sept. 1927[1])). Nur in der Richtung, ob der Strafbeschluß überhaupt in der Satzung eine Stütze findet, ob bei der Verhängung der Strafe die das Verfahren betr. Satzungsvorschriften beobachtet sind und ob die Straffolge nicht etwa gegen die guten Sitten verstößt oder die Bestrafung selbst ganz offenbar unbillig ist, hat eine richterliche Prüfung stattzufinden.

(U. v. 22. März 1928; 736/27 IV. — Berlin.) [Ka.]

****4a.** § 404 BGB.; § 392 HGB. **Der Kommittent kann in besonderen Fällen den Einwand der Arglist erheben, wenn der Vertragsgegner mit Ansprüchen gegen den Kommissionär ihm gegenüber aufrechnen will.** †)

(U. v. 23. Mai 1928; I 292/27.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1928, 2018[5].

5. §§ 823, 433, 278, 276 BGB. **Verstärkung des der Allgemeinheit gegenüber bestehenden Schutzes vor unerlaubter Handlung durch ein Vertragsverhältnis; dagegen Ausschluß des „Schmerzensgeldes", wenn die Haftung nur aus dem Vertrage abgeleitet werden kann.**

Am Vormittag des 26. Mai 1926 zwischen 10 und 11 Uhr kam der Kl. im Laden eines Zigarren-Zweiggeschäftes des Bekl. am Hohenzollernring in K. auf dem kurz vorher mit ölgetränktem Sägemehl gereinigten Linoleumbelag des Fußbodens durch Ausgleiten zu Fall und erlitt einen Verrenkungsbruch des Schultergelenks. Für den ihm daraus erwachsenen Schaden fordert er vom Bekl. Ersatz. Umstände, welche den Tatbestand einer unerlaubten Handlung ausmachen,

---

glied abgegebene Strafversprechen zu gelten hätte, so kann, wenn dann eine Strafe durch die Vereinsorgane ausgesprochen wird, das Mitglied sowohl die tatsächlichen Voraussetzungen der Bestrafung zur richterlichen Prüfung verstellen, wie auch im Falle einer übermäßig hohen Strafe nach § 343 BGB. deren richterliche Ermäßigung beantragen. Das RG. erklärt das erstere für unzulässig, indem es, wie schon in früheren Entsch., auf die bekannten Rechtsgrundsätze verweist, welche die richterliche Nachprüfung bei der Ausschließung eines Mitglieds aus dem Verein beschränken. Dies scheint ein Schluß a majore ad minus zu sein. Tatsächlich handelt es sich aber um ein rechtlich anderes. Wenn der Verein ein Mitglied ausschließt, so ist das eine Art Kündigung, eine Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen Verein und Mitglied durch Willenserklärung des Vereins, und, da ein solches Kündigungsrecht dem Verein auch unabhängig von Gründen eingeräumt werden könnte, ist es durchaus denkbar, daß seine Gründe der richterlichen Nachprüfung entzogen werden. Spricht der Verein dagegen eine Geldstrafe gegen ein Mitglied aus, so begründet er, da ja die Geldstrafe ihm selbst zufließt, durch seine eigene Erklärung einen Geldanspruch für sich selbst, und es ist privatrechtlich zunächst nicht erkennbar, wieso Derartiges unabhängig von der Frage der vorliegenden Gründe zulässig sein kann. Bestrafungen, die in sich selbst ihren Geltungsgrund tragen, sind nur bei öffentlich-rechtlicher Unterworfenheit des Bestraften gegeben, so z. B. gegenüber Kassenmitgliedern nach der RVO. Wo das Bestrafungsrecht aber rein auf privaten Rechtsbeziehungen beruht, und daher (wie bei Vereinsstrafen) der Richter zur Durchsetzung des Strafausspruchs mittels Zivilurteils angerufen werden muß, ist die richterliche Prüfung der Voraussetzungen der Bestrafung nichts anderes als eben die Prüfung, ob der Strafanspruch richtig entstanden ist.

Indessen ist doch nicht zu verkennen, daß es geradezu unerträglich wäre, wenn die Gerichte mit der sachlichen Nachprüfung jeder kleinen Vereinsstrafe (z. B. ob das Mitglied des Ruderklubs wirklich seine Trainingspflichten durch einen Exzeß verletzt habe) befaßt werden könnten. Ist dem aber so, sind es Zweckgedanken der öffentlichen Ordnung, die hier eine Beschränkung von Konsequenzen einer streng privatrechtlichen Betrachtungsweise zwingend erfordern, so kann allerdings gesagt werden, daß im Zuge der fortschreitenden Entwicklung unseres Vereinsrechts eine Unterwerfung der Mitglieder unter eine Art „Strafgewalt" des Vereins als zulässig angesehen werden muß. Indem das RG. dabei dem Gericht auf jeden Fall nicht nur die Prüfung vorbehält, ob die Bestrafung durch die Satzung eingeführt und ob das satzungsmäßige Verfahren eingehalten ist (s. hierzu JW. 1915, 1426: Disqualifikation im Autoklub), sondern darüber hinaus ganz allgemein den Einwand zuläßt, daß die Straffolge sittenwidrig oder aber die Bestrafung offenbar unbillig ist, trägt es dann doch jenem Gedanken Rechnung, daß eine schlechthin wirkende Unterwerfung unter eine private Strafgewalt privatrechtlich unzulässig ist. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann auch in einer für die Betroffenen unerschwinglichen und sachlich ganz exorbitanten Strafhöhe liegen (JW. 1927, 692), so daß zwar nicht eine richterliche Herabsetzung einer Vereinsstrafe nach § 343, wohl aber in besonders schweren Fällen die Nichtigerklärung des Strafbeschlusses (§ 138 BGB.) in Frage kommt. Damit dürfte wohl eine richtige Grundlage für die ganze Frage gefunden sein.

Geh. Hofrat Prof. Dr. Heinsheimer, Heidelberg.

[1]) Vgl. vorstehend S. 2208[3].

Zu 4a. Der Kommissionär handelt in eigenem Namen. Der Geschäftsgegner steht nur mit ihm in einem Vertragsverhältnis, nie mit dem Kommittenten, auch wenn ihm bekannt ist, daß der Kommissionär als solcher und damit im Interesse für Rechnung des Kommittenten, seines Auftraggebers, handelt. Von diesem starren Grundsatz macht § 392 Abs. 2 HGB. eine Ausnahme. Die Forderungen des Kommissionärs gegen den Dritten aus dem Ausführungsgeschäfte gelten als Forderungen des Kommittenten in zwei Fällen, nämlich im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und ferner im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und den Gläubigern des Kommissionärs. Nicht jedoch im Verhältnis zu dem Schuldner des Kommissionärs. Der Vertragsgegner des Ausführungsgeschäftes kann also nur an den Kommissionär leisten.

Wie aber, wenn der Vertragsgegner zugleich Schuldner und Gläubiger des Kommissionärs ist, z. B. wenn er aus dem Ausführungsgeschäft erfüllungspflichtig, aber aus anderen Geschäften Gläubiger des Kommissionärs ist? Die fast allgemein vertretene Meinung, insbes. die in RG. 32, 43 und auch in obiger Entsch., gestatten dem Dritten, seine Verbindlichkeit aus dem Ausführungsgeschäft auch durch Aufrechnung zu tilgen. Hiergegen wendet sich Cosack (Lehrb. d. Handelsrechts, 7. Aufl., S. 187). Denn im Verhältnis zum Gläubiger gilt die Forderung des Kommissionärs als eine solche des Kommittenten. Dieses Argument wird dem Wortlaute des § 392 Abs. 2 HGB. gerecht und führt zu einem befriedigenden Ergebnisse, demselben Ergebnisse, zu dem Staub-Koenige, Düringer-Hachenburg u. a. gelangen möchten, aber nur gelangen, wenn die Voraussetzungen der Einrede der allgemeinen Arglist erfüllt sind. Das RG. zieht nun in obigem Erkenntnisse die Grenzen der Einrede sehr weit. Der Umstand, daß der Kommittent in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse eine früher geleistete, nunmehr zurückverlangte, Zahlung beansprucht, und einige andere Umstände gebieten es — so folgert das RG. — dem Dritten, nach Treu und Glauben dem Kommittenten gegenüber offenzulegen, daß er der Forderung des Kommissionärs eine Gegenforderung zur Aufrechnung entgegensetzen will. Man mag im gegebenen Falle vielleicht mit Recht eine Treuwidrigkeit des Dritten angenommen haben. Allein es sind doch recht viele Tatbestände denkbar, bei denen die Arglisteinrede nicht so ohne weiteres zutage liegt. In die Behandlung des § 392 Abs. 2 BGB. wird dadurch ein unsicheres Element getragen. Würde man sich auf den Cosackschen Standpunkt stellen, dann hätte man festen Boden unter den Füßen, man befände sich im Einklang mit dem Gesetzestexte und dem gesetzgeberischen Willen.

Man hat gelegentlich die Rechtsstellung des Kommissionärs als die eines mittelbaren Stellvertreters bezeichnet. Gegen diesen Erklärungsversuch wendet man sich vielfach. Denn das BGB. kennt keine mittelbare Stellvertretung (vgl. auch RG. 58, 42, 276). Müller-Erzbach kämpft in seinem soeben in 3. Aufl. erschienenen „Deutschen Handelsrecht" S. 165, anknüpfend an seine früheren monographischen Darstellungen, mit lebhaftem Nachdruck gegen diese vorherrschende „formallogische Betrachtungsweise", gegen „das an originellen Gedanken arme BGB.". Er wünscht unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Kommittenten und dem Dritten im Hinblick auf die Interessenlage. Will man diesen Wunsch erfüllen, gut, dann beseitige man das Rechtsinstitut des Kommissionärs. Allein solange es besteht, bedeutet die Anwendung der einschlägigen Rechtssätze die Anwendung des geltenden Rechts. Und das ist doch schließlich die elementarste Grundlage der Rspr. Es geht nicht an, daß man die doch sehr stark unter subjektiven Empfindungen ins Auge gefaßte Interessenlage einfach an Stelle des Gesetzesrechtes setzt. Die Rechtssicherheit, die ein nicht gering zu schätzender Wert ist, würde dadurch erheblich gefährdet. Ganz erstaunlich ist, daß trotz seiner grundsätzlichen Einstellung auch Müller-Erzbach dazu kommt, die Aufrechnung des Dritten gegen den Kommissionär „mit irgendwelchen Gegenforderungen" zu gestatten. Wir kommen schon auf Grund unserer subalternen formallogischen Denkungsart zu dem dem Gesetze und der Interessenlage gerechter werdenden, entgegengesetzten Ergebnisse.

JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

können zugleich die Verletzung einer auf anderem Rechtsgrunde beruhenden, namentlich einer vertragsmäßigen, Pflicht enthalten. Wie das frühere, so erkennt auch das jetzige Recht an, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung mit der aus einem Vertrage zusammentreffen kann. Nach der seit geraumer Zeit herrschenden Rspr. besteht eine allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese durch Vertrag oder ohne solchen in den Handelsbereich des Verletzers gekommen ist. Diese allgemeine Rechtspflicht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß ein Vertrag es war, der die Möglichkeit gab, auf den Körper des anderen einzuwirken. Der Schutz gegen unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) wird jedem, auch dem Vertragsgegner, zuteil; er wird es in stärkerem Maße, wenn der Vertrag durch seinen Inhalt den Verletzer noch besonders zur Fürsorge verpflichtet (RG. 88, 317/19[1]), 433 bis 437 [433/35][2]); 89, 341, 385; 90, 65—69 [68][3]), 408 bis 410 [410][4]); 99, 263/65 [264]; 103, 263/65; RG.: JW. 1920, 284[6]). Von diesen Grundsätzen geht auch das BG. aus. In erster Reihe prüft es deshalb, ob der Bekl. dem Kl. auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) für die Folgen des Unfalls v. 26. Mai 1926 hafte. Das verneint es. (Wird im einzelnen dargelegt.) In zweiter Reihe untersucht das BG., ob der Bekl. wegen vertraglichen Verschuldens für den Schaden einstehen müsse. Das bejaht es (§§ 433, 278, 276 BGB.). Unstreitig bezweckte der Kl., welcher Handelsvertreter eines Tabakhauses ist, mit seinem Besuch im Laden des Bekl. ein Verkaufsangebot. In Verbindung aber damit schloß er, wie das BG. in eingehender Beweiswürdigung feststellt, einen Kaufvertrag: er bestellte zum eigenen Bedarfe bei dem Geschäftsleiter H. Habannapflänzchen. H. schickte sich, nachdem er die Bestellung entgegengenommen, sogleich an, die Zigarren herbeizuholen und dem Käufer auszuhändigen. Unterdessen trat der Kl., um seine angerauchte Zigarre, die erloschen war, wieder in Brand zu setzen, an den zum Gebrauche der Kunden bereitstehenden Anzünder. Dabei glitt er aus, fiel und erlitt die Verletzung. Das angefochtene Urt. führt aus: Dadurch, daß der Geschäftsführer auf das Kaufverlangen des Kl. einging und es alsbald befriedigen wollte, übernahm der Bekl. die vertragliche Nebenverpflichtung, dem Kl. die sofortige Abnahme ordnungsmäßig, also auch ohne Schaden für seine körperliche Unversehrtheit, zu ermöglichen; darin war mitenthalten, daß er auf dem Fußbodenbelag des Ladens stehen und gehen könne, ohne auszurutschen; alles das unter der Voraussetzung und in den Grenzen der Anforderungen, die man im Verkehr an die Vorsicht des einzelnen vernünftigerweise stellen kann. Diese grundsätzliche Ansicht des BG. enthält keinen Rechtsirrtum. Namentlich überspannt sie nicht, wie die Rev. ihr vorwirft, die Sorgfaltspflicht des Ladeninhabers, in dessen Räumen, ihrer Bestimmung gemäß, freier Ein- und Ausgang von Käufern stattfindet. Auch Inhalt und Umfang der Nebenverpflichtung sind nicht verkannt. Weiter ist nicht zu beanstanden, wenn das BU. ausführt: Der Kl. konnte vertragsgemäß die kurze Zeit bis zur Übergabe der verkauften Zigarren benutzen, um sich an dem Anzünder, der im Laden zur Benutzung für Kunden angebracht ist, seine erloschene Zigarre wieder in Brand zu setzen. Zutreffend beurteilt das BG. nach den erwiesenen Umständen des Falles auch die Benutzung des Anzünders als eine vertragliche Nebenleistung aus dem unmittelbar vorher abgeschlossenen und unmittelbar nachher durch Übergabe der Ware zu vollziehenden Kaufe (§ 433 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.). Die vom angefochtenen Urt. erwähnten Nebenleistungen stehen miteinander in Verbindung. Dadurch gehen sie zugleich über das Maß dessen hinaus, was der Bekl. schon ohne Vertrag für die Sicherheit und Unversehrtheit der in seinem Laden verkehrenden Kunden hätte tun müssen. Da nach ständiger Rspr. die Sorgfaltspflicht des Verkäufers auf Vorverhandlungen zu erstrecken ist, muß sie für die Zeitspanne zwischen dem Vertragsschluß und der alsbald danach beabsichtigten Übergabe vollends bestehen. (RG. 78, 239—241[5]); 107, 243; RG.: JW. 1913, 23[10]; JW. 1914, 759[6].) Unerörtert kann daher bleiben, ob ein Ladeninhaber nicht auch auf der Grundlage des — vermöge seines Gewerbes allgemein angestrebten — Kaufvertrags dafür sorgen müsse, daß in seinen Räumen der Verkehr, der regelmäßiger und üblicher Weise mit dem Ab- und Zugehen von Kunden zusammenhängt, sicher und ungefährdet stattfinden könne. Das BU. findet ein Verschulden in der warnungslosen Zulassung von Kunden (d. h. eines Kunden, des Kl.) auf das mit Ölflecken behaftete und dadurch schlüpfrige Linoleum. Das OLG. kommt hiernach ohne ersichtlichen Verstoß gegen Rechtsgrundsätze zu dem Ergebnis, daß der Bekl. aus dem Grunde des vertraglichen Verschuldens — bei der Herrichtung des Standortes für den Käufer während der Erfüllung des Kaufvertrages — für den Schaden des Kl. haftet. Es weist deshalb den Anspruch auf Schmerzensgeld ab, weil er nur auf dem Rechtsgrunde der unerlaubten Handlung beruht (§ 847 BGB.). Daß Schmerzensgeld für einen lediglich durch Verletzung von Vertragspflichten zugefügten Schaden nicht verlangt werden kann, entspricht feststehender Gesetzesauslegung (RG. 65, 17 [21]; 99, 263/64; 112, 294[6])).

(U. v. 2. Juni 1928; 45/28 I. — Köln.) [Ka.]

1) JW. 1916, 1276. 2) JW. 1916, 1532. 3) JW. 1917, 711.
4) JW. 1918, 34. 5) JW. 1912, 191.

6. § 826 BGB. Die Mitteilung einer zehn Jahre zurückliegenden Verfehlung eines anderen an einem Dritten kann schadensersatzpflichtig machen.†)

(U. v. 3. Febr. 1928; 268/27 II. — Düsseldorf.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1928, 1211[11].

7. § 839 BGB.; Art. 131 RVerf.; §§ 1, 4a Preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 / 14. Mai 1914. Verletzung von Schulkindern bei den Reichsjugendwettkämpfen infolge mangelnder Vorsicht des Lehrers verpflichtet den Staat zum Schadensersatz.

Nach Beendigung der Wettspiele, welche im Verlaufe von Reichsjugendwettkämpfen stattgefunden hatten, waren die Lehrer der an diesen beteiligten Volksschulen zusammengetreten, um die Ergebnisse auszurechnen. Die Schüler hatten ihre Sachen auf einem abgezäunten Teil der Weide, auf der die Wettkämpfe stattgefunden hatten, abgelegt. Von dort aus sprang zu dieser Zeit einer der Schüler, der Kl., über den Zaun auf den Spielplatz und geriet dabei mit den nackten Füßen auf eine Latte, die etwa ein Meter vom Zaun entfernt auf dem Spielplatz lag; aus der Latte ragte ein Nagel hervor und an diesem verletzte sich der Kl. beim Sprung. Den Unfall verschwieg er den Lehrern. Später stellte sich eine Blutvergiftung ein, die sehr üble Folgen für den Kl. hatte.

Die Ersatzpflicht des Fiskus wurde festgestellt.

6) JW. 1926, 2290.

Zu 6. A. Anm. Geh. JR. Dr. Heilberg.

B. Auch ich stimme dem RG. in der Verurteilung des Verhaltens des Bekl., der ohne besondere Veranlassung einem Arbeitgeber Kenntnis von lang zurückliegenden Verfehlungen eines seiner Angestellten gab, bei. Zur Kritik geben jedoch die Schlußausführungen dieses Urt. Veranlassung, in denen das Verhalten des Arbeitgebers, der auf Grund der ihm gewordenen Mitteilung dem betr. Angestellten fristlos gekündigt hat, gebilligt wird, weil die Berechtigung des Bestrebens dieser Firma, womöglich keinen mit dem Makel einer strafbaren Handlung belasteten Angestellten in ihren Diensten zu haben, sich nicht bestreiten lasse. Wie kann eine Mitteilung sittenwidrig sein, wenn anerkannt wird, daß der Empfänger ein so wesentliches Interesse an ihr hat, daß sie ihn zur sofortigen fristlosen Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigt? § 824 Abs. 2 BGB. läßt eine Schadensersatzpflicht noch nicht einmal dann entstehen, wenn der Mitteilende die Unwahrheit seiner Mitteilung infolge Fahrlässigkeit nicht kennt, der Empfänger derselben an ihr aber ein berechtigtes Interesse hat. Um wieviel weniger kann aus einer wahren Mitteilung eine Schadensersatzpflicht entspringen, wenn dies berechtigte Interesse des Empfängers gegeben ist! Gibt man aber dem Empfänger das Recht, aus der Mitteilung irgendwelche Folgerungen in seinem Verhalten zu ziehen, dann bejaht man auch ein berechtigtes Interesse auf seiner Seite, und dann kann nicht mehr von einem sittenwidrigen Handeln des Mitteilenden gesprochen werden. Um nicht mißverstanden zu werden, wiederhole ich nochmals, daß ich die Auffassung des RG. teile, daß die ohne besonderen Grund erfolgte Mitteilung zum Schadensersatz verpflichtet. Dem Mitteilungsempfänger durfte jedoch nicht das Recht zugesprochen werden, auf Grund dieser Mitteilung eine fristlose Kündigung auszusprechen; gerade weil die strafbare Handlung lange Zeit zurücklag und gewissermaßen mo=

Das BG. nimmt an, daß es bei der unter ihrer Aufsicht stattfindenden Veranstaltung zur Pflicht der Lehrer gehört habe, dafür zu sorgen, daß die teilnehmenden Schüler nicht verletzt würden, insbes. habe es ihnen, da diese barfuß kommen durften oder gar sollten, obgelegen, sorgfältig Vorkehrungen dagegen zu treffen, daß Fußverletzungen vorkämen. Deshalb seien diejenigen Teile der obenerwähnten Weide, mit deren Betreten durch die Schüler zu rechnen war, von gefährlichen Gegenständen zu befreien gewesen. Die Lehrer hätten auch mit der kindlichen Eigenart, mit Hast, Übereifer und Übermut sowie damit rechnen müssen, daß gerade an der Unfallstelle die Versuchung, den Zaun zu überspringen, nahegelegen habe. Nun lehre aber die Erfahrung, daß gerade in der Nähe von Zäunen und Gräben Latten und dergleichen Gegenstände herumliegen. So sei es auch hier gewesen. Die Unfallstelle habe also diese besondere gefährliche Beschaffenheit gehabt und behalten; letzteres habe aber nur dadurch der Fall sein können, daß die Weide an dieser Stelle nicht genügend abgesucht worden sei. Dies zu bewerkstelligen habe den Lehrern obgelegen. Die hier hervorgetretene Verabsäumung dieser Pflicht sei als Fahrlässigkeit zu betrachten.

Diese auf tatsächliche Erwägungen gestützte und schlüssige Folgerung bezeichnet die Rev. als fehlsam. Einerseits macht sie geltend, es sei behauptet worden und demnach hier zu unterstellen, daß der Platz kurz vor Beginn der Spiele von Schulkindern im Auftrag der Leherr abgesucht worden sei. An der Sorgfalt der Kinder sei nicht zu zweifeln gewesen; zu eigenem Suchen sei der Lehrer nicht verpflichtet. Ob letzteres zutrifft, kann unerörtert bleiben. Daß Schulkinder mit der Absuchung des Platzes beauftragt worden und sorgfältig zu Werke gegangen sein mögen, mußte aber nicht schon als ausreichende Sorgfaltsleistung der Lehrer anerkannt werden, solange nicht wenigstens angeführt war, daß und wie das Absuchen überwacht worden ist, denn ein Verlassen darauf, daß die Schulkinder auch bei bestem Willen hinreichend Zuverlässiges leisten würden, mußte bei der Jugend derselben nicht unterstellt und als eine Überwachung erübrigend angesehen werden. Mag die bei diesem Sachverhalt den Lehrern zur Last fallende Fahrlässigkeit auch gering gewesen sein, so kann das hier als entlastend nicht in Betracht kommen, da, wie noch zu erörtern ist, eine Amtspflichtverletzung vorliegt und hierbei schon ein geringer Grad des Verschuldens gesetzlich genügt (RG. 92, 237[1])).

Auch ein hier beachtliches Mitverschulden des Kl., wie es die Rev. behauptet, mußte nicht als vorliegend angesehen werden. Daß er die Latte gesehen habe und doch gesprungen sei, ist im angefochtenen Urteil nicht festgestellt; dort ist nur angegeben, daß die Latte nach Aussage eines Zeugen sichtbar gewesen sei, nicht jedoch, daß auch der Kl. sie gesehen habe oder habe sehen müssen.

Daß er den Unfall nicht sogleich den Lehrern angezeigt hat, ist ihm im angefochtenen Urteil nicht zum Verschulden angerechnet worden. Auch das bekämpft die Rev. als rechtsirrig. Indessen hat das BG. seine Ansicht nicht aus allgemeinen Erwägungen hergeleitet, sondern aus den von ihm dargelegten besonderen Umständen gefolgert. Ein Rechtsirrtum ist hierbei nicht ersichtlich.

Auf Grund dieser Sach- und Rechtslage hat das BG. unter Anwendung des § 839 BGB. i. Verb. m. §§ 1, 4a des Preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 / 14. Mai 1914 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt (GS. S. 691, 117), den Bekl. für haftbar erklärt. Die gebotene Berücksichtigung des Art. 131 RVerf. (RG. 102, 166 ff.) würde zu demselben Ergebnis geführt haben (§ 563 ZPO.). Vergebens bekämpft die Rev. die Auffassung, daß im vorliegenden Falle die Lehrer sich in Ausübung einer ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt befunden haben. Eine solche sei ihnen, so führt die Rev. aus, nur insoweit anvertraut, als sie Aufgaben im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu erfüllen haben; zu diesen Aufgaben seien aber diejenigen, die ihnen daraus erwüchsen, daß man die Schuljugend zu den Reichsjugendwettkämpfen heranziehe, nicht zu rechnen. Die Frage, ob diese Heranziehung der Schuljugend in den Bereich der allgemeinen Schulpflicht fällt, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn eine Ausübung öffentlicher Gewalt, wenn auch nicht in der Betätigung staatlichen Zwanges, sondern in der Ausübung staatlicher Fürsorge waltet bei allen eine solche in sich schließenden Betätigungen ob, deren der Staat sich obrigkeitlich unterzieht (III 370/26, 24. Mai 1927, abgedr. in JurR. 1927 Rspr. Nr. 1592 und JW. 1927, 1994). Als eine solche Betätigung die Heranziehung der Schuljugend zu den Reichsjugendwettkämpfen und die Mitwirkung der Volksschullehrer bei deren Ablauf anzusehen, begegnet, zumal im Hinblick auf die beiden einschlägigen Verfügungen v. 22. Mai 1923 und 17. Mai 1924 des Preuß. Ministers für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung, keinen rechtlichen Bedenken. Sie dient der staatlich geförderten Ertüchtigung der Jugend einschließlich der Schuljugend; die Teilnahme an ihnen soll von den Schulen planmäßig gefördert, ja die Schüler sollen zur Beteiligung geradezu angehalten werden. Somit bestehen keine Bedenken, eine Ausübung öffentlicher Gewalt durch die Lehrer als hier vorliegend anzunehmen. Dann entspricht es aber dem Gesetz, daß ihnen dabei den beteiligten Schülern gegenüber eine amtliche Sorgfaltspflicht obliegt (III 132/20, 10. Juli 1920: JW. 1920, 1032), deren schuldhafte Verletzung den Bekl. ersatzpflichtig macht.

(U. v. 8. Juni 1928; 489/27 III. — Celle.) [Sch.]

8. § 1570 BGB. **Zärtlichkeiten bei Versöhnungsversuchen brauchen noch keine Verzeihung zu bedeuten.**

Der Kl. hat lediglich seine Bereitwilligkeit zur Verzeihung an den Tag gelegt und erfolglose Versöhnungsversuche unternommen. Es ist nicht rechtsirrig, wenn hierin vom BG. eine vorbehaltlose Verzeihung im Rechtssinn nicht erblickt worden ist, mag auch die Verzeihungsbereitschaft des Kl. von einem zärtlichen Verhalten begleitet gewesen sein.

(Urt. v. 19. März 1928; 545/27 IV. — Düsseldorf. [Ka.]

9. § 3 PreisTrVO. **Grundlagen der Berechnung eines übermäßigen Gewinns.**

Unbedenklich ist die Feststellung des BG., daß der Vertragspreis von 9 RM für das Tausend den Marktpreis von 3—3,5 RM weit übersteige. Nun reicht aber eine Überschreitung des freien Marktpreises selbst, wenn sie eine recht erhebliche ist, zur Anwendung des § 3 PreisTrVO. nicht aus. Es ist indessen zuzugeben, daß vollends eine Marktpreisübersetzung in der hier fraglichen Höhe die Annahme des Preiswuchers und der Erzielung eines übermäßigen Gewinns nahelegt. Das BG. hat über diese Frage einen Sachverständigen gehört, der indessen einen übermäßigen Gewinn auf

ralisch verjährt war, konnte sie keinen Umstand bilden, mit Rücksicht auf den eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden konnte.

Die Entsch. des RG. führt mittelbar noch zu einer anderen Frage hinüber:

Bei der Einstellung von Arbeitern ist es üblich geworden, Auskunft über etwaige Vorstrafen zu verlangen. Die ungeheuerliche Ausdehnung, die gerade die Werkdiebstähle in der Nachkriegszeit erfahren haben, läßt eine derartige Maßnahme als geboten erscheinen und ihre Berechtigung ist auch kaum je angezweifelt worden. Eine unrichtige Beantwortung dieser Frage gibt dem Arbeitgeber das Recht, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Nun erhebt sich die Frage, ob nicht auch hier eine Grenze zu ziehen ist. Kann man es einem älteren Arbeiter zumuten, über eine vielleicht belanglose Straftat, die Jahrzehnte zurückliegt und durch eine jahrzehntelange gute Führung ausgeglichen ist, noch Auskunft zu erteilen und sich dadurch von vornherein in ein schiefes Licht zu setzen? Man wird diese Frage im Anschluß an die Ausführungen des RG. verneinen müssen; auch hier gibt es eine Grenze, über die hinaus eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers nicht besteht. Verneint man aber diese Auskunftspflicht, dann ist auch die selbstverständliche Folge, daß eine Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung alsdann nicht mehr möglich ist.

Wo die Grenze zu ziehen ist, wird sich allgemein schwer sagen lassen; wesentlich wird es sich hierbei auch um die besondere Lage des Einzelfalles handeln. Die Fristsetzung von zehn Jahren, auf die das RG. Bezug nimmt, ist für manche Fälle vielleicht etwas kurz gegriffen, doch wird man — wie gesagt — eine zeitlich genau festgelegte Grenze kaum bestimmen können.

RA. Dr. v. Karger, Berlin.

[1]) JW. 1918, 439.

seiten der Kl. verneint hat. Das BG. ist diesem Gutachten aber nicht gefolgt. Es bejaht vielmehr das Tatbestandsmerkmal des übermäßigen Gewinns und zwar einmal deshalb, weil Kl., ehe sie sich mit dem Vertrieb befasse, schon einen erheblichen Verdienst an den Plomben, nämlich etwa 50 Reichspfennig am Tausend habe, daher als Einstandspreis nicht, wie es der Sachverständige tue 3,50 *RM*, sondern nur 2,80 *RM* eingesetzt werden könnten, zum andern, weil die von der Kl. dem Zeugen Sch. zugebilligten Provisionssätze wirtschaftlich nicht notwendig, sondern ihm als Schwager des Inhabers der Kl. seiner Verehelichung wegen bewilligt worden seien, obwohl zu den bisherigen Provisionssätzen geeignete Kräfte ohne weiteres zu bekommen gewesen wären; die Provisionserhöhung möge vom menschlichen und verwandtschaftlichen Standpunkt aus verständlich gewesen sein, könne aber die Einstellung der erhöhten Provisionskosten — der Zeuge erhält seit 1918 als Provision $^2/_3$ des Nettogewinns der von ihm beigebrachten Aufträge — noch nicht rechtfertigen; vielmehr handle es sich insoweit um reine Freigebigkeit, welche die Unkosten in wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise erhöhe und den eigentlich der Kl. zustehenden Reingewinn schmälere; es sei deshalb die über das übliche Maß hinaus gewährte Provision dem Gewinn der Kl. hinzuzuschlagen; dann ergebe sich sogar ohne den „Vorverdienst" ein „übermäßiger Gewinn". Diese Ausführungen werden von der Rev. mit Recht angegriffen. Sie vermögen die Entsch. schon um deswillen nicht zu tragen, weil das BG. zunächst jede Feststellung darüber unterläßt, wie hoch eigentlich der Reingewinn ist, den die Kl. gezogen hat, und bis zu welcher Höhe er nicht als übermäßig zu gelten hätte. Da der Vertragspreis erheblich über dem Marktpreis liegt, müßten zunächst die Gestehungskosten (Einstandspreis, allgemeine und besondere Betriebsunkosten, Kapitalverzinsung, Risikoprämie, Unternehmerlohn usw.) ermittelt und alsdann von dem Umsatzerlös abgezogen werden. Nach dem Gutachten des Sachverständigen hätte der Gewinn der Kl. am Tausend Plomben 1,45 *RM* betragen, darin wäre aber anscheinend noch die Risikoprämie für Verluste und der Unternehmerlohn enthalten. Was hierfür anzusetzen wäre, ist nicht ersichtlich, und schon deshalb aus dem Gutachten und den bisherigen Feststellungen ein einigermaßen sicherer Anhalt dafür nicht zu gewinnen, wie hoch sich der Nettogewinn der Kl. belief. Es wäre die Möglichkeit nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß Risikoprämie und Unternehmerlohn den von dem BG. am Einstandspreis gemachten Abzug von 50 Reichspfennig für das Tausend wieder ausgleichen würden. Solange aber nicht eine einigermaßen zuverlässige Feststellung über die Höhe des wirklichen Reingewinns getroffen ist, kann auch nicht von einem übermäßigen G e w i n n die Rede sein. Ü b e r m ä ß i g e r G e w i n n, nicht Marktpreisüberschreitung, mag sie noch so hoch sein, ist Tatbestandserfordernis des § 3 PreisTrVO. Schon nach dem bisher Ausgeführten läßt sich das Urteil, soweit es auf § 3 PreisTrVO. abstellt, nicht halten. Es bestehen aber noch andere Bedenken. Zutreffend geht zwar das BG. davon aus, daß die Kl. nicht schlechthin die ihr t a t s ä c h l i c h erwachsenen Gestehungskosten oder was sie unter diesem Namen verausgabt hat, bei der Gewinnberechnung einstellen darf und kann. Eine solche Auffassung würde den § 3 PreisTrVO. leichtlich in sein Gegenteil verkehren. Zu streichen sind aber nicht nur solche Kosten, die nach kaufmännischen Grundsätzen an und für sich überhaupt nichts mehr mit den Gestehungskosten zu tun haben, vielmehr auch solche, die vielleicht n u r nach rein eigenwirtschaftlichen Grundsätzen nicht aber nach den g e m e i n w i r t s c h a f t l i c h e n Bedürfnissen sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigt sind. Von diesem Standpunkt aus hat das BG. zunächst den Einstandspreis der Kl. als zu hoch bemängelt. Es will davon den auf den Alleininhaber der Kl. in seiner Eigenschaft als Teilhaber der Herstellerfirma und S. entfallenden Anteil am Geschäftsgewinn dieser Firma absetzen. Diesen Gewinn berechnet das BG. auf 50 Reichspfennig am Tausend. Dem hält die Rev. mit Recht entgegen, daß die Kl. und die Firma H. und S. zwei verschiedene Geschäfte mit rechtlich gesondertem Vermögen sind. Was dem Inhaber der Kl. an Gewinn als Gesellschafter der OffHG. zufließt, hat an und für sich gar nichts mit dem von seiner Einzelfirma der Gesellschaft bezahlten Warenkaufpreis zu tun. Ganz anders läge die Sache dann, wenn die beiden Firmen in einer Hand, verschiedene Unternehmen nur vorgetäuscht wären und in Wirklichkeit nur e i n G e s c h ä f t s b e t r i e b bestünde. Dahingehende Feststellungen hat aber das BG. nicht getroffen. — Anders läge es ferner, wenn der Einstandspreis der Kl. sonst ein sachlich ungerechtfertigt hoher wäre. Diese Annahme liegt aus verschiedenen Gründen nahe; das BG. hat aber insoweit irgendwelche greifbare Feststellungen nicht getroffen. Ebenso unzureichend ist, was das BG. hinsichtlich der Provision des Zeugen Sch. ausführt. Zunächst ist nicht ersichtlich, wie hoch denn eigentlich der „übliche" und angemessene Provisionssatz wäre. Erst eine Vergleichung zwischen dem sich alsdann samt Spesenrechnung ergebenden Betrag und den tatsächlichen Bezügen des Zeugen Sch. ließe ein Urteil darüber zu, daß und in welcher Höhe eine Mehrausgabe vorliegt, die vom kaufmännischen Standpunkt unter Mitberücksichtigung der Bedürfnisse der Allgemeinheit nicht mehr als berechtigt anerkannt werden könnte. Insoweit sind aber in dem angegriffenen Urteil wiederum alle Unterlagen zu vermissen. Vom Standpunkt der kaufmännischen und gemeinwirtschaftlichen Betrachtung aus wird aber auch weiter zu prüfen sein, wenn tatsächlich z. B. erhebliche Beträge für Einführungsreklame aufgewendet worden sind, ob mit diesen Kosten ohne weiteres das laufende Geschäftsjahr voll und ganz belastet werden darf und ob sie nicht vielmehr, da ein Nutzen erst im Lauf der Zeit zu erwarten ist, auf ein Sonderkonto zwecks allmählicher Tilgung verbucht werden müssen. Fehlt es demnach schon an dem objektiven Tatbestand des § 3 PreisTrVO., so erübrigt sich die Erörterung darüber, ob dessen subjektive Voraussetzungen rechtlich einwandfrei festgestellt wären, von selbst.

(U. v. 3. Febr. 1928; 252/27 II. — Berlin.) [Ku.]

10. P r i m a f a c i e. B e w e i s b e i m A n s p r u c h g e g e n e i n e n A r z t w e g e n a n g e b l i c h b e g a n g e n e n K u n s t f e h l e r s. †)

Angesichts des Ergebnisses der medizinischen Begutachtung ist ein der Kl. günstiges Ergebnis auch mit einer Heranziehung der in der Rspr. ausgebildeten Grundsätze über den Primafacie Beweis (RG. 21, 109; 31, 64; 97, 14 u. a.) nicht zu erreichen. Denn abgesehen davon, daß nach dem erwähnten Gutachten die Annahme, der Unfall selbst habe die Verletzung und letzten Endes die Amputation ursächlich bedingt, keineswegs als etwas ungewöhnliches, nach dem regelmäßigen Verlauf und Zusammenhang der Dinge nicht zu erklärendes, und bei Anwendung gehöriger Sorgfalt zu vermeidendes angesehen werden kann (RG. 97, 116), so haben auch die Regeln für den Primafacie Beweis nach der Rspr. nur die Bedeutung, daß derjenige, gegen den der Verdacht eines Verschuldens besteht, zu seiner Entschuldigung Umstände dartun muß, durch die der Verdacht entkräftet wird, mag auch die bloße Möglichkeit seines Verschuldens nicht ausgeschlossen

---

Zu **10.** Die vom RG. in ständ. Rspr. entwickelten Grundsätze über die Verteilung der Beweislast bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung entsprechen m. E. sowohl dem Recht als auch der Billigkeit, und es wäre nur zu wünschen, daß sie auch Gemeingut der Untergerichte würden. Auf der einen Seite soll dem Beschuldigten zunächst nicht mehr zugemutet werden, als den Eintritt des Schadens und den Verdacht einer schuldhaften Verursachung desselben durch den Schädigenden darzutun. Auf der andern Seite soll zur Entkräftung dieses prima facie Beweises genügen, daß der Gegner Umstände geltend macht, welche den Schluß zulassen, daß entweder ein Verschulden nicht vorliegt, oder daß auch trotz Verschuldens der ursächliche Zusammenhang zwischen seiner Handlung und dem Schaden nicht wahrscheinlich ist. In diesem Falle trifft wieder den Beschädigten die volle Beweislast für Verschulden und Kausalzusammenhang. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf die Schadensersatzpflicht des Arztes bei Kunstfehlern wird man nur in seltenen Fällen einen prima facie Beweis für zulässig erachten können, nämlich nur dann, wenn ein Verstoß des Arztes gegen die Regeln der ärztlichen Kunst und dessen schädliche Wirkung auch für den Laien ohne weiteres erkennbar ist. Nur dann ist es Sache des Arztes, darzutun, daß nach den besonderen Umständen des Falles seine Handlung nicht als schuldhaft anzusehen und daß auch im Falle des Verschuldens der ursächliche Zusammenhang nicht gegeben sei. Da aber die Regeln der ärztlichen Kunst sich nicht paragraphieren lassen wie etwa die nautischen Vorschriften über die Schiffahrt, wird in der großen Mehrzahl der Fälle von Schädigungen durch ärztliche Kunstfehler den Beschädigten von vornherein die volle Beweislast treffen.

JR. Dr. T h i e r s c h, Leipzig.

sein. Der Primafacie Beweis eines Verschuldens des Bekl. muß schon dann als entkräftet gelten, wenn dieser auch nur die Wahrscheinlichkeit eines Gesamthergangs dartut, in dem kein ursächliches Verschulden auf seiner Seite zu erblicken ist (RG. 69, 434). Was insbes. die Beweisregelung in Haftungsprozessen gegen einen Arzt wegen eines angeblich begangenen Kunstfehlers betrifft, so hat der erk. Sen. in RG. III 231/11 v. 1. März 1912 (JW. 1912, 528[5]) eine Entlastungspflicht des Arztes nicht mit Bestimmtheit ausgesprochen. Das Urt. führt jedoch aus, selbst bei der Annahme, daß dem Arzte der Nachweis obliege, er habe bei Vornahme einer Operation mit aller Sorgfalt und den Erfahrungen der Wissenschaft gemäß gehandelt, so sei dieser Pflicht doch genügt, wenn der Arzt dartue, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein **kann**, und daß nach dem, soweit möglich, klargelegten Sachverhalt ein positiver Anhalt für ein Verschulden des Arztes nicht gegeben ist. Aus dem oben wiedergegebenen Gutachten der Universitätspoliklinik ergibt sich ohne weiteres diese Beweislage zugunsten des Bekl., und die angefochtene Entsch. kann daher nicht als auf einem materiellen Rechtsirrtum beruhend angesehen werden. Auf eine Verletzung des § 287 ZPO. kann zudem die Rev. unter der Herrschaft der Entlastungsgesetzgebung nicht gestützt werden.

(U. v. 18. Mai 1928; 450/27 III. — Dresden.) [Sch.]

11. **§ 17 AufwNov. Wann betrifft ein Aufwertungsvergleich lediglich die in Art. II, III der Novelle bezeichneten Rechtsverhältnisse?†)**

Der von dem Antragsgegner dem Aufwertungsanspruche des Antragstellers entgegengehaltene Einwand des Vergleichs wäre ohne weiteres begründet, wenn der Vergleich sich nicht auf die Höhe der Aufwertung beschränkt hätte, sondern auch durch ihn erst der Streit der Parteien darüber beseitigt worden wäre, ob der Antragsgegner überhaupt durch Schuldübernahme persönlicher Schuldner des Antragstellers geworden ist. Denn nach § 17 AufwNov. stehen Vergleiche aus der Zeit nach dem 14. Juli 1925 der Anwendung der Novelle nur dann nicht entgegen, wenn sie **lediglich** den Streit oder die Ungewißheit über den Beginn der Verzinsung oder über eins der in Art. II und III bezeichneten Rechtsverhältnisse betreffen. Diese Voraussetzung trifft aber, wie durch die Äußerung des Vertreters des RJM. bei der Beratung des Entwurfs der Novelle (S. 83 des Ber. des 13. Aussch. Drucks. Nr. 3604 des RT. III 1924/27) bestätigt wird, nur zu, wenn der Vergleich sich darauf beschränkt, die Rechtsbeziehungen der Beteiligten in solchen Punkten zu regeln, die in der Novelle eine Neuregelung gegenüber dem früheren Aufwertungsrecht erfahren haben. Es müssen daher von der Anwendung des § 17 der Novelle Vergleiche ausscheiden, die, sei es allein, sei es gleichzeitig, den Streit oder die Ungewißheit der Parteien über andere Punkte betreffen, sofern nicht etwa in letzterem Falle, was im Zweifel nicht anzunehmen ist, in Wirklichkeit mehrere selbständige Vergleiche vorliegen. Von diesem Standpunkte aus würde hier § 17 der Novelle nicht zur Anwendung kommen, wenn der Vergleich der Parteien auch den Streit der Parteien über das Bestehen eines persönlichen Schuldverhältnisses betroffen hätte, und müßte daher in diesem Falle der Aufwertungsanspruch des Antragstellers an dem von ihm in dem Vergleich ausgesprochenen Verzicht scheitern.

Anders läge dagegen die Sache, wenn das erwähnte Anerkenntnis von dem Antragsgegner nicht lediglich vergleichsweise, sondern bereits vor dem Abschlusse des Vergleichs und unabhängig von diesem abgegeben und seine Feststellung in der über den Vergleich aufgenommenen Urkunde nur etwa zu Beweiszwecken erfolgt wäre. Denn in diesem Falle läge allerdings ein Aufwertungsvergleich vor, der nur den in § 17 der Novelle gekennzeichneten Inhalt hat und der daher zufolge dieser Vorschrift dem Aufwertungsanspruch des Antragstellers nicht entgegengehalten werden könnte. Freilich ist in dem Vergleich auch ein Verzicht und zwar auch für den Fall einer anderweitigen gesetzlichen Regelung der Aufwertung enthalten. Allein dieser Verzicht bildet einen wesentlichen Bestandteil des Vergleichs. Es kann ihm daher auch keine Wirkung zukommen, die das Gesetz dem Vergleich versagt. In diesem Sinne hat sich der Senat bereits wiederholt in Fällen ausgesprochen, in denen es sich um die Wirksamkeit von Verzichten handelte, die in Aufwertungsvergleichen, die dem § 67 AufwG. unterliegen, enthalten waren (vgl. JW. 1927, 1823[5]; RG. 117, 226; AufwRspr. 1927, 675; 1928, 414 und V 500/27). Für Vergleiche, die unter § 17 AufwNov. fallen, kann nichts anderes gelten, zumal dem Gesetzgeber bei der Erlassung dieser Vorschrift der Standpunkt der Rspr. zu § 67 AufwG. bekannt war. Denn daß ein Vergleich, der einen solchen Verzicht enthalte, über den Rahmen des § 17 der Novelle hinausgehe, läßt sich nicht mit Grund behaupten, da es für die Frage, welches Rechtsverhältnis vom Vergleiche betroffen wird, immer nur darauf ankommt, über welches Rechtsverhältnis Streit oder Ungewißheit bestand, hier aber ein Streit oder eine Ungewißheit, wenn über das Bestehen der persönlichen Forderung Einigkeit erzielt war, nur noch hinsichtlich der Höhe ihrer Aufwertung bestand. Der Streit und die Ungewißheit der Parteien betrafen daher solchenfalls nur ein Rechtsverhältnis, das nunmehr in Art. III § 15 der Novelle eine Neuregelung erfahren hat und dessen vergleichsweise Regelung daher in diesem Falle zufolge § 17 das. der vom Antragsteller beanspruchten Höheraufwertung nicht entgegenstehen würde. Eine andere Beurteilung kann auch nicht etwa deshalb Platz greifen, weil die dem § 17 der Novelle entsprechende Vorschrift des § 15 ihres Entwurfs nach dessen Begründung (Drucks. Nr. 3117 des RT. III 1927/24) der

---

Zu 11 u. 12. I. RG. stellt im Gegensatz zu der Entsch. des OLG. Stuttgart: JW. 1928, 1407 und zu dem von **Cammerer** und mir vertretenen Standpunkt fest, daß ein nach Erlaß des AufwG. ausgesprochener Verzicht auf die Rechte aus der künftigen Gesetzgebung der Anwendung der Bestimmungen der AufwNov. nicht entgegensteht. Es weist darauf hin, daß es schon früher, bei der Beurteilung von Vergleichen aus der Rückwirkungsperiode dem Verzicht auf die Rechte aus der künftigen Gesetzgebung die Wirksamkeit abgesprochen habe. Für Vergleiche aus der Zeit nach dem AufwG. könne nichts anderes gelten.

Diese Folgerung ist unschlüssig, da nach ständiger Rspr. des RG. bloße Vereinbarungen aus der Zeit der Rückwirkungsperiode bedeutungslos sind, während nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung Vereinbarungen über die Aufwertung, die **nach Erlaß des AufwG. getroffen sind**, wirksam sind (vgl. § 67 Abs. 3 AufwG.). Auf diesen Unterschied geht das RG. nicht ein.

Das RG. legt an und für sich zutreffend den § 17 AufwNow. dahin aus, daß nur solche Vergleiche der Anwendung der AufwNov. nicht entgegenstehen, die sich darauf beschränken, die Rechtsbeziehungen der Beteiligten **gerade in solchen Punkten** zu regeln, die in der Novelle eine Neuregelung gegenüber dem früheren Aufwertungsrecht erfahren hätten. Alle diejenigen Vergleiche müssen daher bei der Anwendung des § 17 AufwNov. ausscheiden, die, sei es allein, sei es gleichzeitig, den Streit oder die Ungewißheit über andere Punkte betreffen. — Zutreffend weist das RG. ferner darauf hin, daß es für die Anwendbarkeit des § 17 AufwNov. nicht darauf ankomme, was mit Rücksicht auf die Durchführung des Vergleichs vereinbart sei. Wenn zur Durchführung des Vergleichs hypothekarische Eintragungen, Stundungsabreden usw. vereinbart werden, so hindert dies nicht die Feststellung, daß der Streit bzw. die Ungewißheit der Parteien, über die sie sich geeinigt hätten, nur die in § 17 AufwNov. geregelten Punkte getroffen habe.

Wenn nun aber die Parteien in einem Vergleiche ausdrücklich bestimmen, daß auf alle Rechte aus der künftigen Gesetzgebung verzichtet wird, so **besteht doch meiner Auffassung nach neben dem Streit über die konkret zu regelnden Punkte noch die allgemeine Ungewißheit über eine etwaige künftige gesetzliche Regelung in ihrer Gesamtheit.** An diese Ungewißheit denken beide Parteien, und **diese Ungewißheit in all ihren einzelnen Rechtsbeziehungen, die den in der AufwNov. schließlich geregelten Komplex weit überschreiten, haben die Parteien durch den Vergleich beseitigen wollen.**

Diese Generalklausel ist in der Praxis oft gerade der wesentlichste Teil des Vergleichsinhalts gewesen. Die Parteien wollten endgültig Ruhe haben. Sie wollten alle denkbaren Ungewißheiten beseitigen, mochten sie den Grund oder die Höhe des Anspruchs betreffen. Die hierauf bezügliche Klausel betrifft keineswegs nur die Durchführung des Vergleichs, sondern sie ist gerade wesentlicher Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Abrede. Handelte es sich doch häufig um solche Fälle, wo man sich bereits einmal in der Inflationszeit rein äußerlich geeinigt hatte. Nachdem diese Einigung außer Kraft gesetzt war, sollten nunmehr alle künftigen Ungewißheiten beseitigt werden.

II. Soviel zu den rein juristisch-dogmatischen Bedenken gegen die Entsch. Weit darüber hinaus geht die allgemeine rechtspolitische

Erwägung entsprungen ist, daß die Vorteile der neuen Regelung denjenigen zugute kommen sollen, die sich im Vertrauen auf die Bestimmungen der früheren Aufwertungsgesetzgebung zum Abschluß eines Vergleichs veranlaßt gesehen haben. Denn für die aus dieser Erwägung gezogene Schlußfolgerung, daß die Vorteile der Neuregelung denjenigen nicht zustatten kommen könnten, die mit der Möglichkeit einer Änderung der Gesetzgebung gerechnet, gleichwohl aber auf weitere Aufwertung verzichtet hätten, bietet das Gesetz, so wie es vorliegt, keinerlei Handhabe. Ebensowenig kann gegenüber der Vorschrift des Gesetzes den Grundsätzen der Vertragsfreiheit oder der Vertragstreue Bedeutung beigemessen oder für maßgeblich erachtet werden, ob das Bedürfnis nach Sicherung des Rechtsverkehrs und Beruhigung der Wirtschaft oder die Rücksicht auf den Rechtsfrieden eine Verhinderung der Wiederaufrollung von Aufwertungsstreitigkeiten in weiterem Umfange erfordert hätte. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Inhalt der von den Parteien über die Fälligkeit der Forderung, den Beginn der Verzinsung und die Höhe der Aufwertung getroffenen Vereinbarungen der Anwendung des § 17 der Novelle entgegenstehen könnten. Denn was als Ausgleichsgegenstand zugesagt worden ist, ist für die Anwendung dieser Vorschrift ohne Belang. Inwieweit es bei der Anwendung des § 15 der Novelle eine Rolle spielen kann, ist hier nicht zu untersuchen.

Im Sinne der hier vertretenen Rechtsauffassung hat sich auch das BayObLG. in seinem gleichfalls durch den eingangs erwähnten Beschluß des OLG. Stuttgart veranlaßten Vorlegungsbeschluß v. 20. April 1928, VIII 426/27 ausgesprochen, und derselbe Rechtsstandpunkt wird von der im Schrifttum überwiegenden Meinung vertreten. Der gegenteiligen Auffassung des OLG. Stuttgart, die im Schrifttum, soweit ersichtlich, nur von Abraham (JW. 1927, 1819; 1928, 146, 465, 1403[9] und 1407[15]) und von Cammerer (Mitt. d. BayNotV. 1927, 328; LZ. 1927, 937; BayZ. f. Rechtspfl. 1928, 71) geteilt wird, kann nach obigen Darlegungen nicht beigetreten werden.

(Beschl. v. 4. Juli 1928; 28/28 V B. — Berlin.) [Sch.]

12. § 17 AufwNov. **Die in einem Vergleich vereinbarte Rechtsbeständigkeit auch gegenüber Änderungen des Aufwertungsgesetzes hindert die Geltendmachung der durch die Novelle zugelassenen Ansprüche nicht.** †)

Der von den Antragstellern in dem Vergleiche der Parteien ausgesprochene Verzicht ist ein wesentlicher Bestandteil dieses Vergleichs. Es kann ihm daher auch keine Wirkung zukommen, die das Gesetz dem Vergleiche versagt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Verzicht sich auf Rechte aus künftiger Gesetzgebung oder Rspr. erstreckt. Denn auch insoweit bildet er einen Bestandteil des Vergleichs und ist daher von dessen Wirksamkeit abhängig. In diesem Sinne hat sich der Senat in Ansehung von Verzichten, die in der Vorschrift des § 67 AufwG. unterliegenden Vergleichen enthalten sind, bereits wiederholt ausgesprochen (vgl. JW. 1927, 1823[5]; RG. 117, 226; AufwRspr. 1927, 675; 1928, 414 u. V 500/27). Für Vergleiche, die von § 17 AufwNov. betroffen sind, kann nichts anderes gelten, und zwar um so weniger, als dem Gesetzgeber bei der Erlassung der Novelle die Rspr. zu § 67 AufwG. bekannt war. Allerdings bezieht sich § 17 der Novelle (im Gegensatz zu § 67 AufwG.) auf Vergleiche aus der Zeit nach dem 14. Juli 1925 nur dann, wenn sie *lediglich* den Streit oder die Ungewißheit über den Beginn der Verzinsung oder über eines der in Art. II und III bezeichneten Rechtsverhältnisse betreffen. Auch sind unter diesen Rechtsverhältnissen, wie die Äußerung des Vertreters des Reichsjustizministeriums bei der Beratung des Entwurfes des Gesetzes (S. 83 des Berichts des 13. Aussch. Drucks. Nr. 3604 des RT. III 1924/27) bestätigt, nur die Rechtsbeziehungen zu verstehen, die in den erwähnten Vorschriften der Novelle neu geregelt worden sind, so daß also Vergleiche, die den Streit oder die Ungewißheit über andere Punkte betreffen, ausscheiden. Allein im vorl. Falle betraf der Streit und die Ungewißheit der Parteien auch nur die nunmehr in Art. III § 15 der Novelle geregelte Höhe der Aufwertung. Daß es bei der in dieser Hinsicht getroffenen Regelung auch für den Fall einer Änderung der Gesetzgebung oder der Rspr. sein Bewenden behalten sollte, verschlägt nichts. Denn durch diese Vereinbarung wurde der Gegenstand des Streits oder der Ungewißheit der Parteien nicht geändert. Die Voraussetzungen der Anwendung des § 17 der Novelle sind daher gegeben. Eine andere Beurteilung kann auch nicht etwa deshalb Platz greifen, weil § 15 des ersten Entwurfs der Novelle, aus dem § 17 der Novelle hervorgegangen ist, nach der Begründung des Entwurfs (Drucks. Nr. 3117 des RT. III 1924/27 S. 6) der Erwägung entsprungen ist, „daß denjenigen die Vorteile der neuen Regelung zugute kommen sollen, die sich im Vertrauen auf die Bestimmungen der bisherigen Aufwertungsgesetzgebung zum Abschluß eines Vergleichs veranlaßt gesehen haben". Denn die Einschränkung, die sich aus dieser rechtspolitischen Erwägung ergeben würde, hat im Gesetze selbst keinerlei Ausdruck gefunden und bietet das Gesetz daher keine Handhabe, um diejenigen die mit der Möglichkeit einer Änderung der Aufwertungsgesetzgebung gerechnet und gleichwohl einen Verzicht erklärt hatten, von den Vorteilen der Neuregelung auszuschließen. Ebensowenig kann gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes den Grundsätzen der

---

Kritik. Das RG. zitiert selbst die Begründung des Entwurfs der Novelle, wonach der § 17 AufwNov. denjenigen zugute kommen sollte, *die sich im Vertrauen auf die Bestimmungen der bisherigen Aufwertungsgesetzgebung zum Abschluß eines Vergleichs veranlaßt gesehen hatten.* Das RG. schützt nunmehr auch denjenigen, der auf den Fortbestand dieser Aufwertungsgesetzgebung, wie der Vertragsinhalt ergibt, *nicht* vertraut hat. RG. begründet dies damit, daß im Gesetz selbst der Gedankengang der Begründung keinen Ausdruck gefunden habe; auch den allgemeinen Erwägungen, ob dem Grundsatz der Vertragstreue Bedeutung beigemessen werden solle oder nicht, könne mit Rücksicht auf den Inhalt des Gesetzes Bedeutung nicht beigemessen werden. — Ich kann mich diesen Gedankengängen nicht anschließen. M. E. ergibt sich gerade aus dem Inhalt des Gesetzes, daß ein Vergleich, der, in der Zeit der stabilen Währung unter der Herrschaft des AufwG. abgeschlossen, gem. § 67 Abs. 3 AufwG. den Verzicht auf die Rechte aus der künftigen Gesetzgebung in sich schließt, Wirksamkeit behalten soll. Im gleichen Sinne hat nicht nur das OLG. Stuttgart das Gesetz ausgelegt, sondern ebenso haben auch zwei Spruchsenate des KG. entschieden. Der 22. ZS. des KG. hat in der Entsch. v. 15. Juni 1928, 22 U 5055/28 folgendes ausgeführt:

„Der am 25. Febr. 1927 abgeschlossene Vergleich bestimmt, daß alle irgendwie gearteten Ansprüche der Kl. gemäß dem jetzigen und etwa späteren AufwG. aus der früheren Hypothek ein für allemal erledigt sein sollten.

Diese von den Sachwaltern der Parteien gewählte Fassung, die mangels entgegengesetzter Angaben als deren Willen entsprechend anzusehen ist, läßt erkennen, daß *nicht nur* der Streit oder die Ungewißheit über die Auslegung des § 20 AufwG. halte beigelegt werden, daß *vielmehr jeder irgendwie geartete Aufwertungs*anspruch der Kl. durch die Zahlung der 25 000 *RM* hatte abgegolten sein sollen. Diese nach § 67 Abs. 3 AufwG. an sich zulässige Vereinbarung geht also über den Rahmen des in § 14 AufwNov. bezeichneten Rechtsverhältnisses hinaus, indem sie jeden Rechtsgrund eines späteren Aufwertungsanspruchs ausräumt. Infolgedessen greift hier § 17 AufwNov. nicht ein, da der Vergleich nicht lediglich den Streit oder die Ungewißheit über das Rechtsverhältnis aus § 14 a. a. O. getroffen hat. Aus diesen Gründen erübrigte es sich, zu prüfen, ob § 17 dann Platz greift, wenn die Parteien durch den Vergleich nur den Streit über die Anwendbarkeit des § 20 AufwG. beigelegt und für diese beschränkte Streitfrage den Einfluß der späteren Gesetzgebung ausgeschaltet hätten. Denn tatsächlich haben sie, wie ausgeführt, darüber hinaus nicht nur diesen, sondern jeden nur möglichen Streit über den Aufwertungsanspruch für alle Zukunft beseitigen wollen."

Noch prägnanter spricht sich der 29. ZS. des KG. in der Entsch. v. 30. Juni 1928, 29 U 1856/28 aus. Hier heißt es:

„Im Vergleich v. 10. Sept. 1926 hat die Gläubigerin gegen Zahlung der Vergleichssumme ausdrücklich auf alle Aufwertungsansprüche bezüglich ihrer Hypothek verzichtet, und zwar für die Vergangenheit und Zukunft. *Damit ist der § 17 AufwG., der kein zwingendes Recht ist, außer Kraft gesetzt. Das Vertrauen zur deutschen Rechtspflege müßte untergraben werden, wenn einer solchen absolut einwandfreien Vereinbarung, die in Zeiten der stabilen Währung geschlossen ist, jetzt die Wirksamkeit abgesprochen werden würde!*"

III. *Ganz besonders muß betont werden, daß die Tragweite der reichsgerichtlichen Entscheidungen nicht überschätzt werden darf.* Die beiden vom RG. bisher beurteilten Fälle betreffen die *Aufwertung einer persön*-

Vertragsfreiheit und der Vertragstreue Bedeutung beigemessen werden und kann es aus diesem Grunde auch nicht darauf ankommen, ob das Bedürfnis nach Sicherheit des Rechtsverkehrs und Beruhigung der Wirtschaft oder die Rücksicht auf den Rechtsfrieden eine Verhinderung der Wiederaufrollung von Aufwertungsstreitigkeiten in weiterem Umfange, wie geschehen, erfordert hätte. Schließlich steht der Anwendung des § 17 der Novelle auch weder der Umstand entgegen, daß im Vergleiche auch die Bestellung einer Hypothek für den den Betrag der wiedereingetragenen Hypothek übersteigenden Teil der Aufwertungsforderung vereinbart worden ist, noch auch die Tatsache, daß die vereinbarte Vergleichssumme unter 100% des Goldmarkbetrages zurückbleibt. Denn für die Anwendung des § 17 kommt es nur darauf an, ob sich der Streit oder die Ungewißheit der Parteien, die durch einen in der daselbst angegebenen Zeit abgeschlossenen Vergleich beseitigt werden sollten, auf ein Rechtsverhältnis der in dieser Vorschrift bezeichneten Art bezog, nicht aber darauf, was als Ausgleichsgegenstand gewährt worden ist. Der von den Antragstellern ausgesprochene Verzicht steht daher ihrem Anspruche auf Erhöhung der Aufwertung nicht entgegen.

Im Sinne der hier gebilligten Rechtsauffassung hat sich auch das KG. sowohl in seinem Beschl. v. 9. Febr. 1928, 9 Aw III 190/28 (AufwRspr. 1928, 191 = JW. 1928, 1403 [9]), als auch nach Bekanntwerden des Beschl. des OLG. Stuttgart v. 7. Febr. 1928 wiederholt in seinem gleichfalls diesen Beschluß betreffenden Vorlegungsbeschluß v. 22. März 1928 (AufwRspr. 1928, 348) ausgesprochen, und derselbe Rechtsstandpunkt wird auch von der im Schrifttum überwiegenden Meinung vertreten. Der gegenteiligen Auffassung des OLG. Stuttgart, die im Schrifttum, soweit ersichtlich, nur von Abraham (JW. 1927, 1819; 1928, 146, 465, 1403 [9] und 1407 [16]) und von Cammerer (Mitt. d. BayNotV. 1927, 328; LZ. 1927, 937; BayRpflZ. 1928, 71) geteilt wird, kann nach obigen Darlegungen nicht beigetreten werden.

(Beschl. v. 4. Juli 1928; VB 34/28. — München.) [Sch.]

---

lichen Restkaufgeldforderung. Wenn hier die Parteien sich über den Grund des Anspruchs einig sind, so ist nach der Auffassung des RG. nur die Höhe der persönlichen Kaufgeldforderung im Streit. Der Tatbestand des § 17 AufwNov. ist daher erfüllt, da der Streit bzw. die Ungewißheit sich nur auf die Höhe der Restkaufgeldforderung bezieht, gerade dieser Punkt aber durch die Novelle geregelt ist.

Nun sind aber zahlreiche Vergleiche, die die Generalverzichtsklausel enthalten, auch in solchen Fällen geschlossen worden, wo der Streit andere in der AufwNov. geregelte Punkte betraf. Der Hauptfall ist der, daß man über den später in § 14 AufwNov. geregelten Tatbestand stritt. Hier waren sich die Parteien in erster Linie über den Grund des Anspruchs uneins. Daneben bestand aber auch die Ungewißheit über eine etwaige Höhe der Aufwertung. Auch bei einer gewöhnlichen Darlehnsforderung, deren Grund streitig war, war nicht vorauszusehen, wie die AufwStelle schließlich die Höhe festsetzen würde. Außerdem bestand eine Ungewißheit darüber, ob nicht auch der allgemeine Aufwertungssatz künftig erhöht werden würde.

Wenn die Parteien daher in einem solchen Falle sich auf einen bestimmten Aufwertungsbetrag einigen und dabei den Verzicht auf Rechte aus der künftigen Gesetzgebung vereinbaren, dann betrifft ein solcher Vergleich keinesfalls nur die in der AufwNov. geregelten Punkte. Der Streit über den Grund des Anspruchs würde allerdings, wenn er nur den Tatbestand des § 14 AufwNov. zum Gegenstand gehabt hat, ein solcher sein, der gem. § 17 AufwNov. die Wiederaufrollung des Rechtsverhältnisses nicht hindert. Daneben haben aber die Parteien auch die Ungewißheit hinsichtlich der Höhe der Aufwertung beseitigt, und zwar bewußt für alle Zeiten, auch für den Fall einer künftigen Gesetzesänderung. Da die Höhe des allgemeinen Aufwertungssatzes durch die AufwNov. nicht geändert ist, dieser Teil der Einigung also zweifelsfrei einen Punkt betrifft, der durch die AufwNov. nicht beeinflußt ist, so handelt es sich bei einer derartigen Abmachung um einen endgültig bindenden, nicht lediglich die Tatbestände der AufwNov. berührenden Vergleich.

IV. Grundsätzlich ist daher folgendes festzustellen:

Die bisher vorliegende reichsgerichtliche Rspr., die dem Verzicht auf die Rechte aus der künftigen Gesetzgebung keine Bedeutung beimißt, bezieht sich nur auf den Fall der dem Grunde nach unstreitigen Restkaufgeldforderung, deren Höhe den ausschließlichen Inhalt der vergleichsweisen Regelung gebildet hat.

Der Verzicht auf die Rechte aus der künftigen Gesetzgebung behält dagegen dann seine Bedeutung, wenn die Parteien über andere durch die AufwNov. geregelte Punkte, insbes. den Tatbestand des § 14, gestritten und hierbei auch für alle Zeiten die Ungewißheit über die Höhe der allgemeinen Aufwertung beseitigt haben; denn letzterer Punkt bildet nicht den Gegenstand der AufwNov.

RA. Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin.

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

13. § 51 StGB. Unzurechnungsfähigkeit bei durch den Sexualtrieb hervorgerufener, einige Minuten dauernder Willensunfreiheit. †)

Zweifel ergeben sich in der Richtung, ob das BG. den Begriff des Ausschlusses der freien Willensbestimmung durch einen Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verkannt hat. Das BG. bejaht die Zurechnungsfähigkeit des Angekl., weil seine Tat nicht die eines Augenblickes gewesen, sich vielmehr „über einen längeren Zeitraum von mindestens einigen Minuten“ erstreckt habe, und weil er das Bewußtsein von dem, was er wollte und ausführte, gehabt habe, es verkennt aber anderseits nicht, daß er in seiner geschlechtlichen Erregung ohne jegliche vernünftige Überlegung gehandelt habe. In einem Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit kann aber das Bewußtsein des Täters von seinem Tun vorhanden sein, aber die Fähigkeit fehlen, die Anreize zu einem bestimmten Handeln und die Hemmungsvorstellungen gegeneinander abzuwägen und danach seinen Willensentschluß zu bilden (RGSt. 57, 76). Es kommt darauf an, ob infolge eines völligen seelischen Zusammenbruches, den nach dem im Urteile wiedergegebenen Gutachten der Sachverständige für möglich hält, die sexuellen anormalen Triebe einen so starken Anreiz zum Handeln gaben, daß dadurch die Hemmungsvorstellungen ausgeschaltet wurden; mit anderen Worten, daß die Freiheit des Wollens fehlte, einen Entschluß zu fassen. Gebrach es dem Angekl., wie das BG. annimmt, an „jeglicher vernünftiger Überlegung“, so konnte dies zwar der Ausfluß einer „bedauernswerten Willensschwäche des Augenblicks“, von der bei Begründung der Strafhöhe gesprochen wird, sein, ebenso aber auch einer durch den Sexualtrieb hervorgerufenen, einige Minuten andauernden Willensunfreiheit. Ist aber nur mit der Mög-

---

Zu 13. Das Urt. ist zunächst durch das bemerkenswert, was es für die Anerkennung einer Unzurechnungsfähigkeit des Täters ausscheidet: die Dauer der Tat, das Bewußtsein des Täters von dem, was er wollte und ausführte. Ohne daß das Gericht besondere Schlüsse daraus zieht, daß es sich um ein Sexualdelikt handelte, trägt es doch der von der medizinischen und psychologischen Literatur immer wieder betonten Tatsache Rechnung, daß der Sexualtrieb „seine Entladung oft auf eine dem normal eingestellten Menschen ganz unverständliche Weise“ stattfinden läßt (s. z. B. Kaffka, Handbuch der vergleichenden Psychologie III S. 198; K. Schneider, Die psychopathischen Persönlichkeiten 1923 S. 16). Die Vorinstanz hatte „die vernünftige Überlegung“ verneint. Ohne sich dessen bewußt zu werden, hatte sie damit selbst die Zurechnungsfähigkeit in Zweifel gestellt. Denn diese erfordert gerade „einen Einblick in die rechtliche oder sittliche Bedeutung der eigenen Willenshandlung“ (Kräpelin, Allg. Psychiatrie 1927, S. 2). Ob die Vorinstanz, wenn sie bei dem Täter das Bewußtsein von dem, was er wollte und ausführte, bejahte, bei ihm eine „klare Auffassung der tatsächlichen Verhältnisse“ für gegeben ansah — ein Moment, auf das Kräpelin a. a. O. besonderes Gewicht legt — kann dahingestellt bleiben. Denn selbst „klare Auffassung der tatsächlichen Verhältnisse“ ist dann gleichgültig, wenn die „Möglichkeit der freien Entschließung der selbstbewußten Persönlichkeit“ nicht festgestellt werden kann (s. Kräpelin a. a. O.). Das hat auch der 1. StS.: JW. 1923, 606 anerkannt, indem er erklärte: „Die Zurechnungsfähigkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Täter unfähig ist, seinen Willen gemäß der bei ihm vorhandenen Einsicht zu bestimmen.“ Verstandeskraft und Willenskraft zusammen begründen erst die Zurechnungsfähigkeit des Täters.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

lichkeit der Unzurechnungsfähigkeit zu rechnen, so ist eine Verurteilung des Angekl., und zwar nicht nur wegen Sittlichkeitsverbrechens, sondern auch, wenn er keine Kenntnis von dem Alter des Knaben gehabt haben sollte, wegen Beleidigung ausgeschlossen.

(2. Sen. v. 9. Febr. 1928; 2 D 1069/27.) [D.]

14. §§ 59, 157, 168 StGB. Die irrige Annahme eines Zeugen, der von ihm geleistete Nacheid erstrecke sich nur auf die Beantwortung des Beweissatzes, der ihm mit der Ladung bekannt gegeben worden ist, kann nicht als Strafrechtsirrtum erachtet werden. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte kann nicht mit der ehrlosen Gesinnung, die in jeder Eidesverletzung zum Ausdruck komme, begründet werden.†)

Der Angekl. ist in einem Vaterschafts- und Unterhaltsprozeß von einem ersuchten Amtsrichter als Zeuge vernommen worden und hat hierbei ausgesagt: „Ich habe der Kindesmutter weder während der Empfängniszeit (3. April—2. Aug. 1926) noch sonst beigewohnt... Ich hatte mit der Kindesmutter keinen Geschlechtsverkehr.“ Diese Aussage hat er mit einem Nacheid bekräftigt. Sie war insofern unwahr, als der Angekl. zwar nicht während der Empfängniszeit, wohl aber kurz vorher, nämlich im März 1926, mit der Kindesmutter Geschlechtsverkehr gepflogen hat. Der Angekl. bestreitet nicht, in bezug auf diesen Punkt die Unwahrheit gesagt zu haben, und hat auch unmittelbar nach seiner Vernehmung und vor Erstattung einer Anzeige dem Richter gegenüber, der ihn vernommen hatte, seine falsche Aussage widerrufen. Er berief sich aber in der Hauptverhandlung darauf, daß auf seiner Ladung ihm nur mitgeteilt worden sei, er werde über den Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter während der Empfängniszeit vernommen, weshalb er nach seiner Auffassung den im März erfolgten Verkehr habe verschweigen dürfen und weshalb sein Eid sich nur auf seine Aussage bezüglich des ihm bekannt gegebenen Beweissatzes und nicht auch auf seine anderen Aussagen bezogen habe. Das SchwG. führt hierzu aus: „Der Angekl. gibt damit zu, daß er über keine tatsächlichen Umstände in irgendeinem Irrtum war, und will nur geltend machen, er habe geglaubt, er könne bestimmen, welcher Teil seiner Aussage, die er aber im ganzen beschworen hat, unter den Eid falle. Selbst wenn der Angekl. wirklich darüber im Irrtum gewesen sein sollte, in welchem Umfange seine Aussage vom Eid betroffen werde, und wenn er wirklich der Meinung war, seine Angabe, er habe auch außerhalb der Empfängniszeit nicht geschlechtlich verkehrt, falle nicht unter seinen Eid, so könnte es sich doch nur um einen nicht unter den § 59 StGB. fallenden für die Schuldfrage bedeutungslosen strafrechtlichen Irrtum handeln.“ Weiter wird noch die Annahme als naheliegend bezeichnet, daß der Angekl. den Geschlechtsverkehr deshalb verschwiegen habe, weil er befürchtete, er könnte wegen der zeitlichen Nähe als noch innerhalb die Empfängniszeit fallend erachtet werden. Diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die im Urteil wiedergegebene Verteidigung des Angekl. in dem vom SchwG. an erster Stelle angenommenen Sinne verstanden werden kann, der unzweifelhaft als Berufung auf einen Strafrechtsirrtum aufgefaßt werden müßte. Jedenfalls rechnet das SchwG. an zweiter Stelle mit der Möglichkeit eines Irrtums darüber, in welchem Umfange die Aussage des Angekl. nach den maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen vom Eide betroffen werde. Hätte der Angekl., wie er offenbar geltend machen will, angenommen, die eidliche Vernehmung erstrecke sich nur auf den in der Ladung angegebenen Beweissatz, wogegen die Beantwortung etwaiger sonstiger Fragen nicht unter den Eid falle, so würde hierin nicht ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum zu erblicken sein, sondern eine dem Irrtum über Tatumstände i. S. des § 59 StGB. gleichstehende irrige Auslegung der dem Prozeßrecht angehörenden Normen und Grundsätze über die Wahrheits- und Eidespflicht, insbes. über die Bedeutung der Mitteilung des Beweissatzes in der Ladung und über die Bedeutung der Eidesnorm. Durch einen solchen Irrtum würde aber die zum inneren Tatbestand des Meineides gehörige Wissentlichkeit der Eidesverletzung ausgeschlossen. Das RG. hat unter anderem die Verneinung der Wissentlichkeit der Eidesverletzung gebilligt in einem Falle, in welchem ein Zeuge, der den Voreid geleistet hatte, hinsichtlich eines bewußt falschen Teiles seiner Aussage der irrigen Meinung war, der von ihm geleistete Eid beziehe sich nicht auf diesen Teil der Aussage, weil dieser mit dem Gegenstand der Anklage und Hauptverhandlung nichts zu tun habe (RG-Entsch. v. 23. Okt. 1911, I 710/11 = GoltdArch. 59, 351), ferner in einem Falle, in welchem ein Zeuge falsche Angaben über seine persönlichen Verhältnisse gemacht hatte und bei der Leistung des Nacheides der irrigen Meinung war, diese Angaben fielen nicht unter seinen Eid (RGSt. 60, 407), endlich in einem Falle, in welchem der Schwurpflichtige bei der Leistung des im § 883 ZPO. bestimmten Offenbarungseides sich seiner Rechtspflicht nicht bewußt war, alles, was ihm über den Verbleib einer Schuldverschreibung bekannt war, anzugeben (RGSt. 46, 140). Auch in diesen Fällen handelte es sich, wie in der vorliegenden Sache, um einen Irrtum über den Umfang der Wahrheits- und Eidespflicht. Sollte der Schlußsatz der Entscheidung in RGSt. 36, 1 auf einem Gedankengang beruhen, der mit den obigen Ausführungen unvereinbar wäre, würde der erk. Sen. hieran nicht festhalten. Der in der Entsch. RG. v. 29. April 1924, I 406/24 enthaltene Satz, daß das Bewußtsein der Erheblichkeit nicht zum Begriff der Wissentlichkeit gehöre, darf nicht dahin verstanden werden, daß ein Meineid auch dann angenommen werden müsse, wenn das mangelnde Bewußtsein in der Erheblichkeit einer falschen Angabe zu der irrigen An-

---

Zu 14. Das Urt. des Schwurgerichts verdient in der Tat nachdrückliche Ablehnung. Aber auch der Auffassung des RG. vermag ich mich im Ergebnis nicht anzuschließen.

Das RG. trennt mit Recht zwei Fragen:

I. Der Angekl. hat irrtümlich geglaubt, „er könne bestimmen, welcher Teil seiner Aussage, die er aber im ganzen beschworen hat, unter den Eid falle“. Darin erblickt das RG. in Übereinstimmung mit dem Schwurgericht „unzweifelhaft die Berufung auf einen Strafrechtsirrtum“.

Die zugrunde liegende Annahme ist wenig durchsichtig. Wenn man sie dahin versteht, der Angekl. habe angenommen, Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 154 StGB. sei, daß das Beweisthema in der Ladung genannt ist, so läge in der Tat ein reiner „Strafrechtsirrtum“ vor. So ist aber doch wohl auch dieser erste Teil der Verteidigung nicht zu verstehen. Er will vielmehr geltend machen, dem Zeugen stehe ein „Bestimmungsrecht“ darüber zu, was er mit der Eidesnorm, „daß er nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe“ (§ 392 ZPO.), sagen wolle. Dies wäre aber — Glaubwürdigkeit des Vorbringens vorausgesetzt! — doch wohl ebenfalls kein Strafrechtsirrtum, sondern ein Irrtum über die dem Zeugen in seiner Zeugenrolle zustehenden zivilprozessualen Befugnisse, also ein „außerstrafrechtlicher Irrtum“. Übrigens wieder ein Schulbeispiel für die innere Unhaltbarkeit der ganzen spitzfindigen Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum.

II. Der Angekl. hat darüber geirrt, „in welchem Umfang die Aussage nach den maßgeblichen Bestimmungen vom Eid betroffen werde“. Es ist in der Tat unerfindlich, inwiefern das Schwurgericht darin einen nach § 59 BGB. bedeutungslosen „strafrechtlichen Irrtum“ erblicken konnte. Insoweit ist es zutreffend vom RG. rektifiziert worden.

Aber auch die Annahme des RG., darin liege eine „irrige Auslegung der dem Prozeßrecht angehörenden Normen und Grundsätze über die Wahrheits- und Eidespflicht“, überzeugt nicht. Zutreffend sieht das Gericht in dem Vorbringen die Annahme, „die eidliche Vernehmung erstrecke sich nur auf den in der Ladung angegebenen Beweissatz, wogegen die Beantwortung etwaiger sonstiger Fragen nicht unter den Eid falle“. Das heißt aber: der Zeuge hat angenommen, seinen Worten „nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt usw.“ (§ 392 ZPO.) komme der Sinn bei, das zum Beweisthema der Ladung Gesagte sei wahr. Man muß m. a. W. unterscheiden den Irrtum über prozessuale Befugnisse (I) und den Irrtum über den eigenen Sinn der gesprochenen Eidesnorm (II). Letzteres ist überhaupt kein „Rechtsirrtum“ (mag man auch in Revisionsfragen die richterliche Sinnauslegung von Parteierklärungen richtigerweise als Rechtsfrage behandeln), sondern reiner „Tatsachenirrtum“, der ohne weiteres dem § 59 StGB. untersteht. Man denke etwa an den Fall, daß ein Zeuge einem von ihm gebrauchten Wort seiner Aussage einen falschen Sinn unterlegt hätte. Fahrlässiger Falscheid bleibt auch hier offen.

III. Uneingeschränkte Zustimmung verdient die Schlußbemerkung des reichsgerichtlichen Urteils.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg.

nahme geführt hat, daß sich der Eid auf diese Angabe nicht beziehe[1]). Wenn das SchwG. auf Grund der neuen Verhandlung einen Irrtum dieser Art für erwiesen erachten würde, so bliebe zwar noch die Möglichkeit eines fahrlässigen Falscheides bestehen; für diesen käme aber der Strafaufhebungsgrund des § 163 Abs. 2 StGB. in Betracht. Bedenklich ist noch, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte begründet wird mit der „ehrlosen, gemeinen Gesinnung, die in jeder Eidesverletzung zum Ausdruck kommt". Wenn das Gesetz im § 161 StGB. die Fälle der §§ 157 und 158 StGB. von der zwingenden Vorschrift der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich ausnimmt und hierfür eine Kannvorschrift gibt, so lehnt es damit mittelbar den Standpunkt ab, daß auch beim Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 157, 158 StGB. in jeder Eidesverletzung eine ehrlose Gesinnung zum Ausdruck komme.

(1. Sen. v. 20. Dez. 1927; 1 D 1088/27.) [A.]

15. § 130 StGB. **Der öffentliche Friede ist schon dann gefährdet, wenn die Gefahr begründet ist, daß die angereizte Bevölkerungsklasse zu Gewalttätigkeiten gegen die andere Klasse schreitet. Die bedingte Form der Kundgebung schließt nicht notwendig die Anwendbarkeit der Vorschrift aus.** †)

Der beanstandete Artikel, in welchem die Anklage den Tatbestand des § 130 StGB. findet, schildert das gesinnungslose Verhalten eines jüdischen Händlers in Mikultschütz und knüpft die Bemerkung daran: Es ist schon etwas Wahres daran, der Jude wechselt wie ein Hemd seine Gesinnung und sein Vaterland. Hoffentlich wird ihm immer dann die gebührende Anerkennung zuteil wie in Mikultschütz." Die Strafkammer legt den Artikel dahin aus: Nach dem Zusammenhange mit der dem angeführten Satze vorausgegangenen Darstellung könne nur geschlossen werden, daß eine Aufforderung zu Gewalttätigkeiten nur dann nämlich, wenn sich ein Jude so benehme, wie es in dem Artikel geschildert sei, ausgesprochen werde. Dies ergebe auch das Wort „Anerkennung", womit der Verf. offenbar Vergeltung für ein derartiges Verhalten meine. Die Aufreizung richte sich also nicht gegen die Juden schlechthin, sondern nur gegen Juden für den Fall, daß sie sich so benehmen, wie der jüdische Händler aus Mikultschütz, also ein besonders verächtliches Verhalten zeigen. Durch diese Bedingung sei die Aufreizung schon objektiv nicht geeignet gewesen, auch nur bei einem Teile der jüdischen Bevölkerung die Befürchtung hervorzurufen, das Gefühl der öffentlichen Rechtssicherheit würde erschüttert werden. Der Tatbestand des § 130 StBG. sei somit nicht gegeben. Diese Auslegung, bei der auch die Überschrift des Artikels: „Ein jüdisches Musterexemplar" und die Tendenz des veröffentlichenden Blattes sowie die Frage in Betracht zu ziehen war, ob der fragliche Vorfall nicht lediglich erdichtet ist, ist nicht frei von rechtlichen Bedenken. Sie übersieht, daß der öffentliche Friede nicht nur dann gefährdet wird, wenn in der **bedrohten** Bevölkerungsklasse, wozu auch Teile von Bevölkerungsklassen gehören (Urt. des erk. Sen. v. 2. März 1925 — 2 D 7 und 8/25 —), das Gefühl der öffentlichen Rechtssicherheit erschüttert wird. Es genügt vielmehr, wenn die Anreizung nur die Gefahr begründet, daß die **angereizte** Bevölkerungsklasse zu Gewalttätigkeiten gegen die andere Klasse schreiten werde. Nach dieser Richtung läßt das angegriffene Urt. eine nähere Erörterung vermissen. Die Anwendbarkeit des § 130 StGB. ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG. (RGSt. 17, 309; 50, 324; 54, 27) dann nicht ausgeschlossen, wenn die Gewalttätigkeiten, zu denen angereizt wird, nicht sofort, sondern erst bei irgendwelchem ihren Ausbruch begünstigenden Anlaß eintreten sollen. Ebensowenig steht der Anwendung der genannten Vorschrift die Tatsache entgegen, daß sich nach Ansicht der Strafkammer die Anreizung nur für den Fall gegen die Juden richtet, daß sie sich ebenso benehmen, wie der jüdische Händler aus Mikultschütz. Die bedingte Form der Kundgebung schließt die Anwendbarkeit der Vorschrift jedenfalls dann nicht aus, wenn den Umständen nach angenommen werden muß, daß der Anreizende bei der den Juden im allgemeinen von ihm zugeschriebenen Charaktereigenschaft mit dem Eintritt des vorausgesetzten Falles bestimmt rechnet. Bei Prüfung dieser Frage war die Äußerung zu berücksichtigen, daß „der Jude" seine Gesinnung und sein Vaterland wie ein Hemd wechsele. Die Fassung der Urteilsgründe läßt dem Zweifel Raum, ob die Strafkammer im gegebenen Falle den nach § 130 StGB. erforderlichen Vorsatz des Täters verneinen will. Wenn dies aber auch anzunehmen wäre, würde dadurch das angegriffene Urteil nicht getragen. Der Vorsatz muß die Begehung von Gewalttätigkeiten und die Gefährdung des öffentlichen Friedens mit umfassen. Die rechtsirrige Annahme des BG., daß die gefährdende Wirkung durch die bedingte Form der Anreizung ausgeschlossen werde, kann daher auch auf die Beurteilung des inneren Tatbestandes nicht ohne Einfluß gewesen sein. Das angegriffene Urteil unterlag hiernach in Übereinstimmung mit dem Antrage des Oberreichsanwalts der Aufhebung.

(2. Sen. v. 6. Febr. 1928; 2 D 927/27.) [A.]

16. § 156 StGB. **Zum Begriff der „Abgabe" einer Versicherung an Eides Statt.** †)

Wie sich aus den Feststellungen in Verbindung mit den darin in bezug genommenen Akten des LG. K. ergibt, wurde die eidesstattliche Versicherung der Angekl. Emilie G. v. 11. März 1925, in der behauptet war, daß die dort erwähnten Einrichtungsgegenstände persönliches Eigentum der Emilie G. seien, **im Anschluß an eine für den Kaufmann A. bewirkte Pfändung dieser Gegenstände durch den RA.**

[1]) Vgl. aus dem Schrifttum: Binding, Lehrbuch Bd. II 1 S. 149 A 1 nebst Anm. 6; ferner hinsichtlich des Voreids des Zeugen: Frank Anm. IV; Olshausen Anm. 10a; LpzKomm. Anm. 8 zu § 154 StGB.

Zu 15. Die Entsch. bestätigt aufs neue, daß die Juden eine „Klasse der Bevölkerung" i. S. des § 130 sind, daß der „öffentl. Friede" i. S. dieser Bestimmung sowohl subjektiv als objektiv verstanden werden kann, daß also sowohl Eignung der aufreizenden Äußerung, Befürchtungen vor Gewalttätigkeiten bei den Bedrohten zu erwecken, wie ihre Eignung, bei den Aufgereizten gewalttätige Neigungen hervorzurufen, genügt, und daß die Gewalttätigkeiten nicht für sofort drohen oder befürchtet werden müssen, vielmehr auch an den Eintritt sich bietender Gelegenheiten geknüpft sein können.

Diese erneute Bestätigung der Rspr. des RG. ist angesichts abweichender Entsch. anderer Gerichte (vgl. Ludwig Foerder, „Antisemitismus und Justiz" 1924; Erich Eyck in „Deutsches Judentum und Rechtskrisis" 1927) nicht überflüssig.

Die vorliegende Entsch. bestätigt aber weiter auch die Grundsätze, die RGSt. 61, 153 ff. für die Auslegung von Gedankenäußerungen durch das RevG. aufstellt. Dabei haftet die Auslegung des RG. weniger am Wort als die Auslegung der StK., die darauf abzielte, daß nicht eine Klasse gegen eine andere Klasse, sondern gegen einzelne Personen einer anderen Klasse (Juden, die sich so benähmen, wie jener Händler aus M.) aufgereizt worden seien (vgl. LpzKomm., § 130 Anm. 2).

Prof. Dr. Radbruch, Heidelberg.

Zu 16. Das Vergehen gegen § 156 StGB. besteht, wenn die falsche Versicherung an Eides Statt in schriftlicher Form abgegeben wird, aus zwei Handlungen: Der Herstellung der die Versicherung enthaltende Urkunde und der übergabe des Schriftstücks an die Behörde. Erst nach Ausführung beider Tätigkeitsakte ist der Tatbestand erfüllt. Die Einreichung bei der Behörde braucht nicht durch den Versichernden selbst zu geschehen, der Aussteller der falschen eidesstattlichen Versicherung ist in vollem Umfange verantwortlich, wenn er einen Dritten mit der Weitergabe beauftragt hat; in einem solchen Falle bedient sich der Täter des Dritten als seines Werkzeuges (LZ. 1917, 47; RGSt. 22, 267; 32, 436; 47, 156). Voraussetzung für die Strafbarkeit ist aber, daß die Verwendung der Urkunde mit Wissen und Willen des Versichernden erfolgt. Der innere Grund der Strafbarkeit — die Sicherung des Rechtsverkehrs und der Beweisführung vor unwahren Beweismitteln (RGSt. 47, 158; LZ. 1915, 913) — entfällt, wenn der Aussteller der eidesstattlichen Versicherung über deren Benutzung als Beweismittel nicht unterrichtet oder hiermit nicht einverstanden ist. Diese Erwägungen haben das RG. (RGSt. 32, 435) bestimmt, den Tatbestand des § 156 StGB. in einem Falle zu verneinen, in dem ein RA. die schriftliche eidesstattliche Versicherung seines Mandanten, die er nach dessen Willen in einem anstehenden Termine nur zu einem Vorhalt an den Gegner gebrauchen sollte, im Termine dem Gericht übergeben hat.

Da in vorliegendem Falle die Angekl. die falsche eidesstattliche Versicherung nur in einem u. U. gegen A. anzustrengenden Widerspruchsprozeß als Beweismittel verwenden wollte, ein solches Verfahren aber offenbar gar nicht eingeleitet und von der eidesstattlichen Versicherung somit der beabsichtigte Gebrauch nicht gemacht

Dr. B. als Vertreter der Angekl. G. an den RA. Dr. P., den Vertreter A.s, zum Zwecke der Erwirkung der Pfandfreigabe übersandt. Die eidesstattliche Versicherung enthielt zwar die Worte „zur Verwendung bei Gericht", woraus geschlossen werden darf, daß die Angekl. G. für den Fall der Nichtfreigabe der Gegenstände auch mit der Vorlegung der Urkunde bei Gericht in einem gegen A. anhängig zu machenden, auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und Pfandfreigabe gerichteten Widerspruchsprozeß einverstanden war. Es ist aber nicht festgestellt, daß es damals zu einer Vorlegung an das Gericht gekommen ist. Vielmehr ist nur von einer Vorlegung in der Sache 4 O 640/25, das ist in einem Widerspruchsprozeß der G.schen Kinder gegen Ch. die Rede. Die Vorlegung ist hier, wie die Rev. behauptet, und aus den in bezug genommenen Akten ersichtlich ist, durch Dr. P. in seiner Eigenschaft als Vertreter Ch.s bewirkt worden zum Zwecke des Nachweises der Unrichtigkeit der in diesem Verfahren von der Angekl. G. abgegebenen eidesstattlichen Versicherung, daß jene Gegenstände Eigentum ihrer Kinder seien. Bei dieser Sachlage liegt die Annahme nahe, daß es in der Sache gegen A. zu einem Widerspruchsprozeß und zu einer Vorlegung der eidesstattlichen Versicherung v. 11. März 1925 an das Gericht gar nicht gekommen, die Pfandfreigabe vielmehr ohne weiteres auf Grund der Übersendung dieser Versicherung an den Vertreter A.s erfolgt ist. Träfe dies zu, dann wäre der Tatbestand des § 156 StGB. nicht erfüllt. Dieser Tatbestand setzt voraus, daß die falsche Abgabe einer Versicherung an Eides Statt vor einer zur Abnahme einer solchen Versicherung zuständigen Behörde geschieht, der gegenüber die Versicherung als Beweismittel wirksam werden soll. Erst in der Benutzung zum Zwecke der Beweisführung gegenüber einer Behörde liegt die Abgabe. Diese kann auch in der Weise stattfinden, daß ein die eidesstattliche Versicherung enthaltendes Schriftstück mit dem Willen des Versichernden von einem anderen derjenigen Behörde überreicht wird, der gegenüber die Beweisführung stattfinden soll. Dagegen ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn ein anderer das Schriftstück ohne den Willen des Versichernden zur Beweisführung vor einer Behörde benutzt. Wäre in der Sache gegen A. die eidesstattliche Versicherung v. 11. März 1925 dem Gericht nicht überreicht worden, so läge insoweit nur ein strafloser Versuch der falschen Abgabe einer Versicherung an Eides Statt vor. Die Überreichung an das Gericht in der Sache gegen Ch. aber enthält überhaupt keine Abgabe einer Versicherung an Eides Statt, weil diese Überreichung offensichtlich nicht mit dem Willen der Angekl. G. und zum Zwecke einer von ihr beabsichtigten Beweisführung erfolgt ist, sondern zur Widerlegung ihrer in diesem Verfahren abgegebenen abweichenden Versicherung dienen sollte. Würde sich auf Grund der neuen Verhandlung ergeben, daß die eidesstattliche Versicherung v. 11. März 1925 auch in der Sache gegen A. schon dem Gericht vorgelegt worden ist, dann wäre weiter zum Zwecke der Klarstellung des inneren Tatbestandes eine nähere Prüfung und Erörterung der in anderem Zusammenhange aufgestellten Behauptung der Angekl. geboten, sie seien im Hinblick auf das ihnen zustehende Nießbrauch- und Verfügungsrecht an den Möbeln zunächst der Ansicht gewesen, daß sie die Möbel als frei von Rechten Dritter bezeichnen dürften, und erst durch eine beim Vormundsgericht erhaltene Aufklärung eines Besseren belehrt worden.

(1. Sen. v. 13. März 1928; 1 D 1291/27.) [A.]

****17.** § 156 StGB. Beschränkte Zulässigkeit eidesstattlicher Versicherungen im Strafverfahren. †)

Rechtliche Bedenken konnten nach der Richtung bestehen, ob die eidesstattliche Versicherung, zu deren Abgabe der Angekl. seinen Bruder E. angestiftet hat, als eine solche i. S. des § 156 StGB. anzusehen ist. Diese Bedenken erweisen sich jedoch als nicht stichhaltig. Gegen den Angekl. hatten die Eheleute Sch. Privatklage wegen übler Nachrede (§ 186 StGB.) erhoben, weil er sie des Diebstahls bezichtigt hatte. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens hat der Angekl. in einem dem Privatklagegericht zugesandten Schreiben unter der näher begründeten Behauptung, daß die Eheleute Sch. sich in der Tat des Diebstahls schuldig gemacht hätten, und unter Überreichung der den Gegenstand des jetzigen Verfahrens bildenden eidesstattlichen Versicherung seines Bruders E., der Augenzeuge solcher Diebstähle gewesen sein wollte, „Weiterleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft und vorläufige Einstellung des Beleidigungsprozesses" beantragt.

---

worden ist, konnte eine Verurteilung auf Grund des § 156 StGB. nicht erfolgen. Die ohne Wissen und wider den Willen der Angekl. durch den gegnerischen Anwalt veranlaßte Einreichung der eidesstattlichen Versicherung in einem anderen Verfahren kann der Angekl. unter dem Gesichtspunkte der wissentlich falschen Versicherung an Eides Statt nicht zugerechnet werden.

Es bleibt aber noch die im Urt. nicht erörterte Frage zu prüfen, ob nicht die Herstellung der falschen eidesstattlichen Versicherung in Verbindung mit der ohne vorherige Kenntnis der Angekl. erfolgten späteren Benutzung durch den RA. Dr. P. den Tatbestand der fahrlässigen Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung erfüllt (§§ 156, 163 StGB.). Wer eine eidesstattliche Versicherung „zur Verwendung bei Gericht" ausstellt und seinem Anwalt zur Weitergabe an das Gericht oder an den Prozeßgegner bzw. dessen Sachwalter aushändigt, muß bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt damit rechnen, daß dieses Schriftstück auch in irgendwelchen späteren Verfahren — ohne sein Wissen und Willen — bei einer zuständigen Behörde vorgelegt wird. Diese Annahme liegt um so näher, wenn der Inhalt der Erklärung falsch ist und deshalb eine Heranziehung der Urkunde als Beweismittel für die Unglaubwürdigkeit des Ausstellers in zukünftigen Verfahren zu erwarten ist. Ebenso wie das RG. (LZ. 1915, 913) den Aussteller einer falschen eidesstattlichen Versicherung als nach § 163 StGB. schuldig erachtet hat, der bei Übersendung der Urkunde an den Anwalt seines Gläubigers fahrlässigerweise nicht gewußt hat, daß sie zur Einreichung bei Gericht bestimmt war, muß derjenige als straffällig angesehen werden, dessen falsche eidesstattliche Versicherung nicht in dem zunächst anhängigen Verfahren, für das sie bestimmt war, sondern erst in einem späteren Verfahren, ohne sein vorheriges Wissen zur Vorlegung an die Behörde gelangt ist. Wer unrichtige Erklärungen in Form einer eidesstattlichen Versicherung in die Welt hinausschickt und sie nicht zurückfordert oder sonst sicherstellt, nachdem sie für das ursprüngliche Verfahren entbehrlich geworden sind, ist für die Verwertung der Urkunde unter dem Gesichtspunkte der fahrlässigen Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung verantwortlich, weil er durch Vernachlässigung der gebotenen Aufmerksamkeit die Vorlage dieses Schriftstücks an eine zur Abnahme solcher Versicherungen zuständige Behörde verschuldet und hierdurch die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet hat.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 17. Die vorstehende, m. E. unhaltbare Entsch. betrifft die Frage, wann eine Behörde i. S. des § 156 als zur Entgegennahme von eidesstattlichen Versicherungen als zuständig anzusehen sei. Bekanntlich entscheidet das RG. in ständiger Praxis (vgl. insbes. die grundlegende Plenarentscheidung RGSt. 19, 419—427) die Frage dahin, daß die Zuständigkeit gegeben sei, sofern nicht die Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung gesetzlich unstatthaft oder rechtlich indifferent sei (LpzKomm. § 156 Anm. 4 Abs. 3). Auf die Bedenken, die dieser Auffassung entgegenstehen, hat bereits Binding (Lehrbuch, 2. Aufl. Bd. II Teil 1 S. 157 Anm. 1) hingewiesen und namentlich zutreffend hervorgehoben, daß es unstatthaft sei, aus der Rechtswirkung der Erklärung einen Rückschluß auf die Kompetenz des Gerichtes zu ziehen. Führt doch die Auffassung des RG. dahin, daß jede irgendwie eingereichte eidesstattliche Versicherung als unter § 156 fallend angesehen wird, wenn nur ihrer Einreichung kein gesetzliches Verbot entgegensteht und sich irgendeine rechtliche Wirkung der Versicherung nachweisen läßt. Daß damit der Nachweis der Zuständigkeit fast vollständig durch den Nachweis irgendwelcher sog. Rechtswirkungen ersetzt wird, ist unschwer einzusehen. Und das Bestreben der Judikatur geht in den Einzelfällen offensichtlich dahin, die Rechtswirkung aufzufinden, da ja damit die Zuständigkeit gegeben sein soll. Wie gefährlich eine derartige Judikatur ist, beweist gerade der vorliegende Tatbestand und seine Entscheidung. Es war in der Tat eine schiefe Ebene, wie Binding bemerkte, auf die sich die Praxis mit der erwähnten Plenarentscheidung begab, eine Ebene, auf der es kaum einen Halt gibt. Es mag daher auf die prinzipielle Auffassung der Entsch. zunächst eingegangen werden, um sie auf ihre Begründetheit hin zu prüfen.

Richtig ist an der reichsgerichtlichen Judikatur, daß sie unter der von § 156 geforderten Zuständigkeit abstrakte und nicht konkrete Zuständigkeit verlangt. Das will besagen: Die Behörde, die die eidesstattliche Versicherung entgegengenommen hat, braucht weder amtlich noch sachlich zuständig gewesen zu sein (Frank § 156 Anm. III Abs. 1). Es genügt vielmehr, daß in dem Verfahren, wie es sich vor der Behörde abgespielt hat, eine eidesstattliche Versicherung des Inhaltes, wie sie tatsächlich eingereicht ist, hat eingereicht werden können. Selbstverständlich ist aber abstrakte Zuständigkeit für alle Arten eidesstattlicher Versicherungen, z. B. bei einem LG., nicht etwa deshalb gegeben, weil im Zivilprozeßverfahren das Gericht eidesstattliche Versicherungen entgegennehmen kann. Ferner ist aber auch

Diesem Antrage hat das Gericht entsprochen. Nach der reichsgerichtlichen Rspr. ist eine eidesstattliche Versicherung dann vor einer zur Abnahme einer solchen zuständigen Behörde abgegeben, wenn sie sich auf einen Gegenstand erstreckt, über den ihre Abgabe vor dieser Behörde zulässig ist. Sie fällt dann nicht unter die Strafbestimmung des § 156 StGB., wenn sie gesetzlich unstatthaft oder rechtlich völlig wirkungslos ist. Für das Strafverfahren ist in der reichsgerichtlichen Rspr. anerkannt, daß eidesstattliche Versicherungen von Beschuldigten (RGSt. 57, 53) und solche von Zeugen zwecks Feststellung der die Schuldfrage betreffenden Tatsachen (RGSt. 58, 147 und die dort angeführten Entsch.) unzulässig sind. Dagegen ist es gesetzlich nicht ausgeschlossen, daß die Strafgerichte in anderen Fällen eidesstattliche Versicherungen entgegennehmen dürfen. Diese Zulässigkeit beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen die StPO. eine Glaubhaftmachung ausdrücklich vorschreibt. Vielmehr ist sie stets dann anzuerkennen, wenn es sich nicht um endgültige Feststellungen hinsichtlich der Tat, die Gegenstand des Strafverfahrens bildet, handelt. So sind die Strafgerichte auch als zuständig zur Abnahme solcher eidesstattlichen Versicherungen von Zeugen anzusehen, die zum Zwecke der Aussetzung eines gegen einen Beschuldigten schwebenden Strafverfahrens abgegeben werden. Diesem Zwecke diente aber nach den Feststellungen des SchwG. die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende eidesstattliche Versicherung. Es bleibt deshalb nur noch zu prüfen, ob die eidesstattliche Versicherung im gegebenen Falle rechtlich völlig wirkungslos war, und diese Frage ist zu verneinen. Unzutreffend ist es allerdings, wenn das SchwG. annimmt, die Entscheidung über die Aussetzung des Privatklageverfahrens gegen den Angekl. sei lediglich dem Ermessen des Gerichts überlassen gewesen. Die Eingabe des Angekl., der die eidesstattliche Versicherung seines Bruders beigefügt war, stellte eine Anzeige zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens gegen die Privatkläger Sch. wegen Diebstahls dar. Dann mußte aber nach der zwingenden Vorschrift des § 191 StGB. bis zur Beendigung der gegen die Eheleute Sch. eingeleiteten Untersuchung mit dem Privatklageverfahren gegen den Angekl. wegen übler Nachrede nach § 186 StGB. innegehalten werden. Für eine Fortsetzung dieses Verfahrens, sei es auch nur zur Vornahme eines Sühneversuchs, war vorläufig kein Raum. Diese Rechtswirkung trat mit der Einreichung der Eingabe des Angekl., die ohne weiteres als Anzeige i. S. des § 191 StGB. erkennbar war, kraft Gesetzes ein. Der beigefügten eidesstattlichen Versicherung kam hier, da im gegebenen Falle die Aussetzung des Verfahrens nicht im richterlichen Ermessen stand, insoweit keinerlei Bedeutung zu. Allein rechtlich völlig wirkungslos war die eidesstattliche Versicherung, wenn sich auch hier nicht der Richter eine Meinung über die Richtigkeit tatsächlicher Behauptungen zu bilden hatte, doch nicht. Sie war vielmehr durchaus geeignet, nach anderer Richtung in dem Verfahren, in dem sie abgegeben war, Rechtswirkungen hervorzubringen. So konnte der Privatklagerichter, der die Parteien von der Aussetzung des Verfahrens in Kenntnis zu setzen hatte, den Privatklägern auch eine Abschrift der Eingabe des Angekl. und der eidesstattlichen Versicherung seines Bruders mitteilen. Diese Mitteilung aber konnte sehr wohl die Folge

---

abstrakte Zuständigkeit in einem Zivilprozeß nicht schlechthin deshalb gegeben, weil im Zivilprozeß eidesstattliche Versicherungen an sich statthaft sind. Abstrakte Zuständigkeit ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn es sich um eidesstattliche Versicherungen handelt, welche so, wie sie angebracht sind, in einem Zivilprozeß angebracht werden können. Die Behörde muß also, unberücksichtigt ihrer amtlichen und sachlichen Zuständigkeit, an sich berechtigt sein, eine eidesstattliche Versicherung der fraglichen Art über einen Gegenstand, auf den sich die Versicherung bezieht, entgegenzunehmen. Mit anderen Worten: Die Behörde ist abstrakt zuständig, wenn sie die Versicherung entgegennehmen mußte, falls sie konkret, d. h. amtlich und sachlich zuständig wäre.

Wann nun aber muß die Behörde die eidesstattliche Versicherung entgegennehmen? Zunächst sicher dann nicht, wenn ein gesetzliches Verbot der Verwendung eidesstattlicher Versicherungen entgegensteht. Dies Verbot kann ausdrücklich ergangen sein; es kann sich aber auch um ein anderen Gesetzesbestimmungen immanentes, mithin indirektes Verbot handeln. So involvieren die gesetzlichen Bestimmungen über die Zeugenvernehmung und Zeugenbeeidigung im Prozeßverfahren zweifellos das Verbot, an Stelle der Zeugenaussage die eidesstattliche Versicherung zu benutzen (RGSt. 24, 91 ff.). Andererseits ist aber die Zuständigkeit dann begründet, wenn sie ausdrücklich vom Gesetz anerkannt ist, oder wenn sich aus dem Zweck und dem Inhalt der Gesetzesbestimmung ergibt, daß das Gesetz die Verwendung eidesstattlicher Verpflichtungen als solcher zulassen wollte. Schweigt das Gesetz, so muß das Gericht, um § 156 anwenden zu können, in jedem Einzelfall den Nachweis der Zulassung eidesstattlicher Versicherungen durch das Gesetz aus dem sonstigen Gesetzesinhalt führen (B i n d i n g l. c. S. 156 f.). Gerade hier scheidet sich unsere Auffassung grundlegend von der des RG. Denn der von uns geforderte Nachweis kann niemals durch den Nachweis von irgendwelchen Rechtswirkungen der eingereichten Rechtswirkung ersetzt werden.

Erklärt nun aber das Gesetz die Verwendung eidesstattlicher Versicherungen für zulässig, gleichgültig ob direkt oder indirekt, so liegt hierin ein Doppeltes: Einmal ist eine bestimmte Person in einem bestimmten Verfahren b e r e c h t i g t, der mit dem Verfahren befaßten Behörde eidesstattliche Versicherungen über ihr relevant erscheinende Tatsachen einzureichen. Ferner ist die Behörde, bei der die eidesstattliche Versicherung eingereicht wird, v e r p f l i c h t e t, von der eingereichten Versicherung den verfahrensgemäßen Gebrauch zu machen. Dieser Gebrauch liegt aber ausschließlich darin, die Versicherung nach dem Grundsatz freier Beweiswürdigung (gebundene Beweiswürdigung kommt bei eidesstattlichen Versicherungen niemals in Frage) auf ihre Beweiskraft zu prüfen, wobei diese Verpflichtung übrigens so weit gehen kann, daß die Behörde die Verpflichtung einfordern muß. Daß sich dann die Berechtigung des Einreichenden in einen Zwang zur Einreichung umwandelt, liegt auf der Hand. Wie nun aber auch hier die Dinge im einzelnen liegen mögen, stets ist die eidesstattliche Versicherung eine an eine gewisse Form gebundene, an die Adresse der Behörde gerichtete Tatsachenbehauptung, die als einzigen Zweck den verfolgt, auf die Überzeugung des Adressaten einzuwirken und deren einzige Rechtswirkung nur funktionell ist und sein kann, als Überzeugungsmaterial von der zuständigen Stelle verwertet werden zu können. Ob sie auch wirklich verwertet wird, kommt nicht in Frage. Und es kommt mithin § 156 auch dann zur Anwendung, wenn die nur abstrakt zuständige Behörde eben wegen mangelnder konkreter Zuständigkeit das von ihr angestrengte Verfahren trennen würde, ohne von der eidesstattlichen Versicherung einen Gebrauch gemacht zu haben. Irgendwelche sonstigen Wirkungen, die die eidesstattliche Versicherung ja im konkreten Fall noch auszulösen vermag, sind, falls sie außerhalb der Beweisverwertung liegen, stets nur akzidenteller Natur und haben damit nur tatsächliche, nicht aber rechtliche Bedeutung. Denn in der Beweisverwertung erschöpft sich, rein rechtlich betrachtet, Zweck und Bestimmung, mithin die Funktion der eidesstattlichen Versicherung. Auch hier weicht die Judikatur des RG. grundlegend ab, wie gerade die in Frage stehende Entsch. beweist.

Ob nun aber die eidesstattliche Versicherung inhaltlich geeignet ist, auf die richterliche usw. Überzeugung einzuwirken, ist ohne jede Bedeutung. Die eidesstattliche Versicherung bleibt eidesstattliche Versicherung, auch wenn die Behörde sie als ungeeignet, auf ihre Überzeugung einzuwirken, beiseitelegt. Auch die irrelevanteste Versicherung bleibt das, was sie ist, mag sie auch ihren Beweiszweck völlig verfehlen. Wenn aber das RG. in der irrelevanten Versicherung nur die rechtlich wirkungslose Versicherung erblickt, so ist nach dem, was wir im Vorstehenden entwickelt haben, die rechtlich wirkungslose mit der rechtlich unzulässigen Versicherung identisch, wie andererseits jede rechtlich zulässige Versicherung ohne jede Rücksicht auf ihren Inhalt die Rechtswirkung hat, als Beweismittel beachtet und, falls es zu einer Beweiswürdigung kommt, verwertet werden zu müssen. Daß das RG. sich hierüber nicht klargeworden ist, ergibt sich aus der leidigen Tatsache, daß es zwei Fragen, die getrennt werden müssen, nicht scharf auseinandergehalten hat, die Frage nach dem Begriff der eidesstattlichen Versicherung, die Frage, wann die Zuständigkeit der einzelnen Behörde gegeben ist.

Lehnen wir somit die in der Plenarentscheidung (RGSt. 19, 414) niedergelegte Auffassung des RG. prinzipiell ab, so mag schließlich auch das Ausgeführte auf den in Frage stehenden Tatbestand ausgeführt werden: Ein Privatklageverfahren ist auf Grund des § 186 StGB. anhängig, weil der Angekl. den Privatkläger des Diebstahls bezichtigt hatte. Der Angekl. reicht eine eidesstattliche Versicherung seines Bruders ein, in der der Bruder behauptet, er sei Augenzeuge des Diebstahls gewesen, mit dem Antrag auf Weiterleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft und vorläufigen Einstellung des Verfahrens nach § 191 StGB. Mit Recht sieht das RG. in dem ganzen Vorgang eine Anzeige, die nach der zwingenden Vorschrift des § 191 StGB. automatisch, d. h. jede tatsächliche oder rechtliche Entsch. des Gerichts des Privatklageverfahrens zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens führen mußte. Kommt aber eine Tatsachenfeststellung, mithin eine Beweiswürdigung nicht in Frage, so ist auch für eine eidesstattliche Versicherung kein Raum. Das A m t s g e r i c h t w a r m i t h i n u n z w e i f e l h a f t i. S. des § 156 StGB. n i c h t z u s t ä n d i g z u r A b n a h m e d e r V e r s i c h e r u n g. Das RG. will aber die Zuständigkeit damit begründen, daß es der Versicherung gewisse Rechtswirkungen zuschreibt. Es ist, um zu zeigen, wie weit in der Annahme

haben, daß sich die Privatkläger unter dem Gewicht der Tatsache, daß ein Zeuge an Eides Statt Bekundungen über von ihnen angeblich verübte Diebstähle gemacht hatte, zur Zurücknahme der Privatklage entschlossen. Daß die eidesstattliche Versicherung eine solche Rechtswirkung in dem Verfahren, in dem sie abgegeben war, haben konnte, genügt, um sie nicht als rechtlich völlig wirkungslos i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. erscheinen zu lassen. Dann unterfiel sie aber der Strafbestimmung des § 156 StGB. (RGSt. 22, 267).

(1. Sen. v. 6. März 1928; 1 D 1277/27.) [D.]

18. § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. erfordert nicht, daß wahrheitsgemäße Aussage zu einer Strafverfolgung oder Verurteilung des Zeugen geführt haben würde. Gleichgültig ist, ob der Zeuge an die Möglichkeit einer Strafverfolgung dachte.†)

Rechtsirrtümlich ist die Verneinung der Strafmilderung nach § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. hinsichtlich der Angekl. K. Das SchwG. hat erwogen, daß gegenüber dieser Angekl. das Vergehen der Begünstigung nach § 257 StGB. in Frage kommen könne. Es glaubt aber der Angekl. insoweit, als sie erklärt hat, der Gedanke, den Angekl. B. einer Bestrafung zu entziehen, habe ihr gänzlich ferngelegen, ihr sei die Möglichkeit eines Strafverfahrens gegen diesen gar nicht in den Sinn gekommen. Hiergegen kann die Rev. nicht in der Weise ankämpfen, daß sie es als in sich widerspruchsvoll rügt, wenn das SchwG. in diesem Punkte der Angekl. Glauben schenke, während es das sonstige Vorbringen als unglaubhaft zurückgewiesen habe. Inwieweit die Angaben der Angekl. Glauben verdienten, hatte allein der Tatrichter zu entscheiden; dem RevG. ist insoweit die Nachprüfung verschlossen. Wenn aber das SchwG. als eine Strafverfolgung i. S. des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. nur eine solche erachtet, die auch zu einer Verurteilung führen könne, und wenn es annimmt, daß diese Voraussetzung hier nicht gegeben sei, weil es nach den Erklärungen der Angekl. in der Hauptverhandlung an dem Merkmal der wissentlichen Beistandsleistung nach § 257 StGB. fehle, so engt es das Anwendungsgebiet des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. rechtsirrtümlich ein. Nach der neueren Rspr. des RG. erfordert diese Vorschrift nicht, daß eine wahrheitsgemäße Aussage des Zeugen mit Notwendigkeit zur Straf-

---

sogenannter Rechtswirkungen das RG. geht, notwendig, den Wortlaut der Entsch. zu wiederholen: „So konnte der Privatklagerichter, der die Parteien von der Aussetzung des Verfahrens in Kenntnis zu setzen hatte, den Privatklägern auch eine Abschrift der Eingabe des Angekl. und der eidesstattlichen Versicherung seines Bruders mitteilen. Diese Mitteilung konnte aber sehr wohl die Folge haben, daß sich die Privatkläger unter dem Gewicht der Tatsache, daß ein Zeuge an Eides Statt Bekundungen über von ihnen angeblich verübte Diebstähle gemacht hatte, zur Zurücknahme der Privatklage entschlossen. Daß die eidesstattliche Versicherung eine solche Rechtswirkung in dem Verfahren, in dem sie abgegeben war, haben konnte, genügt, um sie nicht als rechtlich völlig wirkungslos i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. erscheinen zu lassen." Ganz abgesehen davon, daß das RG. in wirklich unerklärlicher Weise mit an sich keineswegs sehr wahrscheinlichen Möglichkeiten über Möglichkeiten rechnet, kann doch die Tatsache, daß die Privatklage auf Grund der eidesstattlichen Versicherung zurückgenommen wird (die Zurücknahme erfolgt auf Grund autonomer Entsch. der Privatkläger!), niemals als eine Rechtswirkung neben der Versicherung angesehen werden. Sie fällt völlig außerhalb der Zwecksphäre der Versicherung und steht mit ihr daher auch nicht im leisesten rechtlichen Zusammenhang. Ziehen die Privatkläger ihre Klage unter dem Druck der Versicherung zurück, so ist lediglich eine tatsächliche Folge der Versicherung nichts anderes. Selbst dann also, wenn man die Auffassung des RG. nicht aus prinzipiellen Gründen ablehnen will, muß man, wenn man vom Begriff der eidesstattlichen Versicherung ausgeht, zu einer anderen Entsch. wie das RG. kommen. Denn eine gänzlich wirkungslose eidesstattliche Versicherung liegt immer dann vor, wenn eine Beweiswürdigung überhaupt nicht in Frage steht.

Zwei allgemeine Bemerkungen zum Schluß: Strafgesetze sind restriktiv, nicht extensiv auszulegen. Daß sich an diesen grundlegendsten Satz des Strafrechts das RG. nicht hält, ist eine bedauerliche Tatsache, die in der in Frage stehenden Entsch. besonders deutlich zutage tritt, wenn sie sich leider auch sonst noch nicht allzu selten nachweisen läßt. Und ferner: Der Entwurf 1927 ändert am geltenden Recht in den hier behandelten Fragen nichts (vgl. §§ 185, 189 Abs. 2 Entw. 1927). Die Kontroverse wird also voraussichtlich auch für das Recht der Zukunft ihre Bedeutung behalten.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena

Zu 18. Wenn § 157 Ziff. 1 StGB. für einen meineidigen Zeugen oder Sachverständigen eine Strafermäßigung dann vorsieht, „wenn die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte", so gibt schon das letzte Wort an die Hand, daß der erste vom RG. in der obigen Entsch. ausgesprochene Grundsatz richtig ist. Es bedarf nicht der Feststellung, daß bei wahrheitsgemäßer Aussage der Schwörende in ein Strafverfahren verwickelt sein würde; eine solche Feststellung ließe sich auch nur selten mit Sicherheit treffen, da aus einer Reihe von Gründen die Verfolgung zufällig unterbleiben kann, so vor allem wegen Nichtunterrichtung der StA. Nicht einmal eine naheliegende Möglichkeit einer Strafverfolgung ist erforderlich, wie RG., 1. StS.: JW. 1927, 2009[21]; RGSt. 61, 310 und 62, 55 zutreffend ausführt. Wenn in der letzten Entsch. gleichzeitig betont wird, daß freilich eine ganz fernliegende, aber noch denkbare Möglichkeit der Gefahr einer Verfolgung auch nicht genüge, so ist auch dem beizupflichten, wiewohl nicht zu verkennen ist, daß die Praxis im Einzelfall Zweifel hegen kann, ob sie die Gefahr als eine ferne oder ganz ferne einschätzen soll (vgl. auch LZ. 1925, 718 Ziff. 2, wo das RG. von einer ernstlichen Gefahr spricht).

Bei weitem schwieriger ist die Beurteilung des zweiten Leitsatzes, wonach es gleichgültig sein soll, ob der Schwörende an die Möglichkeit einer Strafverfolgung dachte. Daß ein derartiger Gedanke des Zeugen oder Sachverständigen für den Gesetzgeber den einzigen Grund für die Schaffung des Privilegs abgeben konnte, dürfte von vornherein feststehen. Aus den Motiven des Gesetzes geht denn auch hervor, daß in der Tat die Zwangslage des Schwörenden, bei dem „mit der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, die Rücksicht auf die eigene Gefahr in Kollision tritt", bestimmend für den Strafermäßigungsgrund gewesen ist. Das RG. (vgl. RGSt. 23, 149; 43, 67; JW. 1927, 2012[24]) und die Doktrin sind sich hierüber klar. Trotzdem geht die herrschende Lehre dahin, daß es auf den subjektiven Gedankengang des Zeugen nicht ankomme, weil der durch die Motive klargestellte gesetzgeberische Grund für das Privileg, wie die rein objektive Fassung des § 157 Ziff. 1 (im Gegensatz zu Ziff. 2) zeige, eben nicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden sei. Als einziger, der gegen diese „dem Kultus des Buchstaben" entspringende Ansicht aufgetreten ist, war bis vor kurzem nur Binding (Lehrb. II. Bd. 2. Aufl. S. 163; Normen III, 326) zu nennen. Wenn gegen ihn Stooß (Vergl. Darst., Bes. Teil III, 291 Ziff. 7) mit dem Satze ankämpft: „Wenn der Zeuge auch die Gefahr einer Verfolgung nicht kennt, so kennt er seine Tat, die ihn beschämt", so wohnt diesem keine überzeugende Kraft inne. Denn ein Schamempfinden kann immer nur mit der Vorstellung eines als übel erkannten Sachverhalts, nicht aber mit dem Wissen der objektiven Tatsache allein verbunden sein. Neuerdings haben sich Sauer (JW. 1924, 1730 Note zu Ziff. 21); Mittermaier (JW. 1926, 2178 Note zu Ziff. 9 und Alsberg (JW. 1927, 2574 Note zu Ziff. 9), dieser unter schärfster Bekämpfung der reichsgerichtlichen Rspr., der Bindingschen Auffassung angeschlossen. Auch ich halte den Bindingschen Standpunkt für allein richtig.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Gedankengang, der Täter müsse in einer ihm bewußten Zwangslage gehandelt haben, ein so naturnotwendiger und zwingender ist, daß selbst das diese Idee ablehnende RG. oft unversehens in ihn verfällt. So heißt es in den Entscheidungen JZ. 1926, 1345 und JW. 1926, 2444: „§ 157 Ziff. 1 StGB. trägt dem Gewissenszwange Rechnung" und in JW. 1927, 1760 Ziff. 8, daß „das Vorliegen einer Gewissensnot, welche die Anwendung der Strafermäßigung zu rechtfertigen vermöchte" zu verneinen sei. Auf die subjektive Beeinflussung des Täters durch die Verfolgungsgefahr weist ferner mit aller Deutlichkeit hin RGSt. 62, 55 (1. Sen.): „Es muß eine Sachlage derart gegeben sein, daß mit ihr nach den Erfahrungen des Lebens im allgemeinen gerechnet und ihr bei dem Entschluß zum Handeln eine Bedeutung beigemessen wird."

Weiterhin ist auch die Beweisführung des RG. nicht sehr überzeugend. So wird in RGSt. 23, 149 Ziff. 1 des § 157 mit Ziff. 2 verglichen und gesagt, hier trete deutlich — in Form der Nichtbelehrung — eine Beschränkung nach der subjektiven Seite hervor, während Ziff. 1 rein aufs Objektive abstelle. Die von den Prozeßordnungen vorgeschriebene Belehrung richtet sich zwar an die Person des Zeugen oder Sachverständigen, ist aber selbst nur ein objektives Moment; die rein äußere Tatsache, daß eine Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht nicht stattgefunden hat, sichert dem Zeugen den Anspruch auf Strafermäßigung. Die Ziff. 1 und 2 des § 157 StGB. verlangen also hinsichtlich des inneren Tatbestandes gleiche Bewertung. Zuzugeben ist nur, daß nach der inneren Tatseite der ganze Paragraph bestimmte Voraussetzungen dem Wortlaute nach nicht aufstellt. Geht hieraus aber wirklich hervor, daß die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung nicht in eine subjektive Beziehung zum Schwörenden zu bringen sei? Nach § 59 StGB. sind zum gesetzlichen Tatbestand gehörige oder die Strafbarkeit erhöhende Tatumstände dem Täter nur zuzurechnen, wenn sie ihm bekannt sind. Von den die Strafbarkeit mindernden Umständen spricht der all-

verfolgung gegen ihn oder gar zu seiner Verurteilung geführt haben würde. Es genügt, wenn nach freier richterlicher Beurteilung sich zur Zeit der Erstattung der Aussage bei Bekennung der Wahrheit genügender Verdacht für eine Straftat des Zeugen ergeben haben würde, um die Einleitung einer Strafverfolgung zu begründen (Urt. des 3. StS., 3 D 903/24, v. 12. Jan. 1925; Urt. des erk. Sen., 1 D 199/27, v. 15. März 1927, 1 D 1083/27, v. 18. Nov. 1927). Dabei kommt es nur darauf an, ob im Zeitpunkte der Eidesleistung objektiv die Möglichkeit einer Strafverfolgung bestand, gleichviel ob die Schwörende an diese Möglichkeit dachte (RGSt. 61, 311). Es ist daher zunächst unerheblich, ob der Angekl. K. der Gedanke einer Strafverfolgung gegen B. und gegen sie wegen Begünstigung des B. ferngelegen hat, weiter aber auch, ob nach den Erklärungen der Angekl. in der Hauptverhandlung anzunehmen war, daß es zu einer Verurteilung wegen Begünstigung wegen fehlender Wissentlichkeit der Beistandsleistung nicht kommen werde. Maßgebend war allein, ob im Zeitpunkte der Eidesleistung der Verdacht einer Begünstigung gegen die Angekl. aufkommen konnte, und ob hinreichende Anhaltspunkte vorlagen, die dem Staatsanwalt Anlaß zum Einschreiten geben konnten. Das wird kaum verneint werden können, jedenfalls ist diese Frage nach den dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten erneut zu prüfen.

(1. Sen. v. 3. April 1928; 1 D 301/28.) [D.]

---

gemeine Teil des StGB. nicht. Der hieraus von der herrschenden Lehre und dem RG. gezogene Schluß, daß es auf die Kenntnis des Täters von dem Vorliegen eines strafmindernden Umstandes nicht ankomme, ist mindestens nicht zwingend. Man könnte auch sagen, daß der Gesetzgeber die Regelung dieser Frage dem besonderen Teile des StGB. habe überlassen wollen (so Binding, Normen, 3. Bd. S. 316). Im allgemeinen liegt es jedenfalls nahe, straferhöhende und strafmindernde Tatumstände in subjektiver Hinsicht gleich zu behandeln ebenso wie in § 50 StGB. die persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, gleichviel ob sie die Strafbarkeit erhöhen oder mindern, gleich behandelt worden sind.

Im übrigen läßt aber auch die äußerlich auf die objektive Verfolgungsgefahr abstellende Fassung des § 157 Ziff. 1 StGB. keineswegs jede subjektive Beziehung zum Täter vermissen. Die Strafermäßigung soll Platz greifen, „wenn die Angabe der Wahrheit eine Verfolgung nach sich ziehen konnte“. Es wird also vorausgesetzt, daß der Zeuge oder Sachverständige durch eine Aussageerstattung tätig geworden ist. Wer aber eine Aussage tun soll, muß sich subjektiv Rechenschaft geben, wie er diese gestalten will. Dabei kommt der Schwörende auch in die Lage zu überlegen, ob und inwieweit er die Wahrheit sagen darf, ohne sich selbst bloßzustellen. Kommt hinzu, daß die Gesetzesmotive diesen Gedankengang im Täter tatsächlich unterstellen, so fragt sich nur noch, welcher Einfluß den Motiven auf die Gesetzesauslegung eingeräumt werden kann.

Das RG. spricht im allgemeinen den Gesetzesmotiven keinen maßgeblichen Einfluß zu. Es sagt in RGSt. 13, 171: „Weder der Anlaß, noch der Zweck, noch die Auffassung des Verfassers des Entwurfs, noch selbst der Gedanke des Gesetzgebers über Inhalt und Tragweite des Gesetzes, sondern der im Gesetze selbst erklärte Wille des Gesetzgebers“ seien für den Gesetzesinhalt bestimmend. Ähnlich heißt es in RGSt. 37, 334: „Im allgemeinen sind Strafgesetze an sich einer gegenüber dem Wortlaute ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich ... Ferner kommt der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes überhaupt verhältnismäßig wenig Gewicht zu ... Eine Ausnahme mag für diejenigen Gesetze gelten, welche sich als das Ergebnis einer ruhigen Rechtsentwickelung kennzeichnen oder auf umfassenden Vorarbeiten und reiflicher Erörterung der einschlägigen Gesichtspunkte fußen“; (ähnliche Ausführungen finden sich in RGSt. 40, 196, 334; 43, 69; vgl. auch KG. im Jahrb. XXIII n. F. C. 70). Abgesehen davon, daß für § 157 Ziff. 1 eine ruhige Rechtsentwickelung als Quelle gewiß nicht zu verneinen ist, dürfte es, wofür auch der LpzKomm. 3. Aufl. S. 114 unter 7 eintritt, darauf ankommen, daß mit Rücksicht auf die Motive des Gesetzgebers einer Vorschrift jedenfalls keine mit deren Wortlaut unvereinbarliche Auslegung gegeben werden darf. Von einer Unverträglichkeit des subjektiven Standpunkts mit dem Gesetzeswortlaut wird man aber keinesfalls sprechen dürfen, sondern höchstens davon, daß die subjektive Beziehung der Verfolgungsgefahr zum Täter im Gesetzestext nicht klar zum Ausdruck gekommen ist.

Wer sich diesen Erwägungen nicht anschließen will, sei darauf hingewiesen, daß die neue oberstgerichtliche Rspr., wenn auch — soweit erkennbar — noch nicht diejenige des RG., sogar eine Auslegung wider den klaren Wortlaut des Gesetzes mitunter für zulässig erachtet, nämlich dann, wenn die im Gesetz enthaltenen Rechtsgedanken durch die Fassung keinen vollkommenen Ausdruck gefunden haben. Dann ergibt sich, wie der große Senat des RFH. in seiner hochbedeutsamen Entsch. v. 17. Dez. 1927 (RFH. 22, 239) zu § 7 Abs. 1 UmsStG. ausführt, „für den Richter die Pflicht, jenen Gedanken durch eine sinngemäße Auslegung des Gesetzes auch entgegen seinem Wortlaut unter Berücksichtigung seines Zwecks und seiner wirtschaftlichen Bedeutung Geltung zu verschaffen. Der 2. Sen. des BayObLG. hat sich alsbald in seinem Urt. v. 1. März 1928 (DRZ. 1928 Spruchbeil. Nr. 602) dieser fortschrittlichen Auslegungslehre angeschlossen.

Die hier vertretene subjektive Auffassung des Privilegs in § 157 Ziff. 1 StGB. sichert auch allein den Fällen eine gerechte Beurteilung, wo der Schwörende sich zwar nicht tatsächlich, wohl aber nach seiner Vorstellung in einer Zwangslage befunden hat. Es bedarf keiner Darlegung, daß die eingebildete Gefahr denselben Druck auf den Zeugen auszuüben geeignet ist wie die wirklich vorhandene. Von dieser Erkenntnis aus ist zwar nicht das RG. (vgl. RGSt. 43, 67; 61, 310; JW. 1924, 1730[20]; 1925, 968[15]; 1926, 2178[9]; 1927, 896[7]; 2574[9]. Wie das RG. auch v. Liszt, Lehrb., 25. Aufl., S. 938 N. 18; Olshausen, StGB., 11. Aufl., I, 698 im Gegensatz zu den früheren Auflagen; Finger: GerS. 78, 396; Dörr: JW. 1924, 1730 Note zu Ziff. 20), wohl aber die Rechtslehre überwiegend der Ansicht, daß die irrige Annahme des Täters, er könne in ein Strafverfahren verwickelt werden, ebenfalls die Strafermäßigung zur Folge haben solle (vgl. Binding, Normen III, 326; Frank, StGB., 17. Aufl., S. 349 unter 1; Stooß a. a. O.; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 666 N. 31; Schwartz, StGB. S. 377 unter 2; Merkel: JW. 1925, 968 Note zu Ziff. 15; 1927, 896 Note zu Ziff. 7; Mezger: JW. 1927, 2012 Note zu Ziff. 23). Als ein innerer Widerspruch erscheint es, wenn dieselben Schriftsteller das Privileg des § 157 Ziff. 1 StGB. von der rein objektiven Verfolgungsgefahr abhängig machen, die Strafermäßigung also bewilligen unbekümmert, ob der Schwörende Kenntnis von der Gefahr hatte, auf der anderen Seite aber bei dem Irrtum des Täters über die Verfolgungsmöglichkeit dessen subjektiver Einstellung entscheidende Bedeutung beimessen. Wenn es auf die Kenntnis von der tatsächlich vorhandenen Gefahr nicht ankommen soll, so müßte folgerichtig auch die irrige Annahme einer Gefahr rechtlich unerheblich sein. Der Billigkeit entspricht es sicher, dem Irrtum des Täters Bedeutung beizumessen. Man muß aber dann folgerichtig die Strafermäßigung bei wirklich bestehender Gefahr ebenfalls von deren Kenntnis abhängig machen.

Wenn das RG. in konsequenter Durchführung seiner objektiven Auffassung dem subjektiven Denken des Schwörenden weder bei der wirklich vorhandenen noch bei der nur vermeintlichen Zwangslage Rechnung trägt, so läßt es m. a. W. für den Eidesnotstand das nicht gelten, was es für den allgemeinen Notstand des § 54 StGB. zuläßt. Denn in einer Reihe von Entscheidungen (vgl. LpzKomm. S. 282 Ziff. 9) hat es dem Putativnotstand strafausschließende Wirkung zugesprochen. Ein derartiger Rechtszustand kann unmöglich willkommen sein.

Gegen den subjektiven Standpunkt führt das RG. in RGSt. 43, 67 an, daß es dem Rechtsempfinden widerspreche, „sollte dem Meineidigen eine erhebliche Strafminderung zuteil werden, wenn er sich Einbildungen hingibt, für die vielleicht nicht einmal die geringsten tatsächlichen Unterlagen vorhanden sind oder die gar auf strafrechtsirrigen Auffassungen beruhen, während diese Vergünstigung bei bloßer Unkenntnis der wirklich bestehenden Zwangslage in Wegfall kommt.“ Der letzte Satzteil spielt keine Rolle, wenn entsprechend der von mir vertretenen Meinung sowohl bei der irrigen Annahme einer Verfolgungsgefahr wie auch bei deren tatsächlichem Vorhandensein der subjektive Gedankengang des Schwörenden berücksichtigt wird. Daß aber der Meineidige allzu leicht sollte des Privilegs teilhaftig werden, wenn man den Putativnotstand auch bei § 157 Ziff. 1 StGB. anerkennen wollte, ist nicht zu befürchten. Zunächst wird die Verteidigung sicher nur in Ausnahmefällen auf einen vermeintlichen Eidesnotstand hinauslaufen. Dabei wiederum wird es sich in der Hauptsache um die Annahme tatsächlicher Voraussetzungen handeln, über die nach der gegebenen Sachlage ein Irrtum auch wirklich möglich erscheint. Sollte der Angekl. Sachen vorbringen, die wirklich nur auf seiner Einbildung beruhen und für die keinerlei tatsächlicher Anhalt gegeben ist, so wird er schwerlich einen Richter finden, der ihm sein Vorbringen glaubt und ihm die Strafermäßigung zuerkennt. Wenn das RG. ferner auf strafrechtsirrige Auffassungen hinweist, die der Angekl. zur Begründung der von ihm behaupteten Zwangslage geltend machen könnte, so steht es auch einer solchen Verteidigung gegenüber durchaus bei dem Gericht, ob es dem Angekl. Glauben schenken will oder nicht. Läßt sich das, was der Angekl. vorbringt, wirklich hören, so würde die Zubilligung der Strafermäßigung kaum das Empfinden auslösen, daß der Angekl. unberechtigterweise zu einer Strafminderung gekommen sei. Man denke an den Fall, daß der Zeuge etwas verschweigt, weil er glaubt, bei wahrheitsgemäßer Aussage wegen Beleidigung belangt zu werden, während der Jurist weiß, daß ihm § 193 StGB. zur Seite steht, und das Gericht demnach das Bestehen einer objektiven Verfolgungsgefahr verneinen würde.

OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

19. § 157 Nr. 1 StGB. Die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung des Schwörenden braucht keine naheliegende zu sein, jedoch muß sie eine solche sein, daß mit ihr nach den Erfahrungen des Lebens im allgemeinen gerechnet wird. †)

Einer näheren Ausführung bedarf die Frage, ob die Angabe der Wahrheit gegen die Angeklagte eine Verfolgung wegen Ehebruchs nach sich ziehen konnte. Das SchwG. hat sie verneint und die von der Verteidigung hervorgehobene Möglichkeit abgelehnt, das am 29. April 1926 ergangene Ehescheidungsurteil des LG. könnte auf eine Restitutionsklage des Mannes der Angeklagten, der damals Bekl. war, aufgehoben und es könnte in dem neuen Verfahren auf seine Widerklage das Urteil wegen des Ehebruchs der Angekl. geschieden werden, und so ihr früherer Mann die Möglichkeit erhalten, Strafantrag wegen des Ehebruchs zu stellen. Das SchwG. begründet diese Ablehnung damit, daß durch das landgerichtliche Urteil beide Teile schon aus einem andern Grunde für schuldig erklärt worden seien und daher auch eine Verurteilung B.s wegen Zeugenmeineids die Restitutionsklage nicht ermöglicht haben würde. Der damit (ersichtlich in Anlehnung an RG. 55, 247 und 115, 3) verwertete Gesichtspunkt ist allerdings irrig. Ehescheidungsklage war von der Angekl., und nur von ihr, erhoben worden, während sich ihr Mann auf den Antrag beschränkte, auch die Kl. als schuldigen Teil zu erklären, weil auch sie ein Liebesverhältnis, mit B., gehabt habe. Auf seinen in dieser Richtung angebotenen Beweis ist B. als Zeuge vernommen worden. Das LG. aber hat, sowohl das ehewidrige Verhalten des Bekl. wie das der Kl. für bewiesen erachtend, auf die Klage die Ehe der Streitteile aus § 1568 BGB. geschieden (nur wegen des ehewidrigen Verhaltens des Mannes, nicht beider Teile, wie das angefochtene Urteil annimmt) und zugleich die Kl. wegen *ihres* ehewidrigen Verhaltens für mitschuldig erklärt. Bei dieser Sachlage käme in Frage, ob der frühere Mann der Kl., wenn B. einen Meineid geschworen hätte, und deshalb verurteilt worden wäre, Restitutionsklage hinsichtlich des rechtskräftigen, auf die Scheidungsklage seiner Frau ergangenen, ihn verurteilenden und damit ihn beschwerenden Urteils erheben könnte. Wäre ihm diese Möglichkeit eröffnet, so käme weiter in Frage, daß er in dem wiederaufgenommenen Ehescheidungsstreit (gem. § 590 mit den §§ 614 ff. ZPO.) nun seinerseits eine Scheidungswiderklage gegen die Angekl. erhöbe wegen des von ihr mit B. begangenen Ehebruchs. Würde nunmehr auf die Widerklage die Ehe wegen des Ehebruchs der Angekl. geschieden, so könnte gegen diese Strafantrag wegen Ehebruchs gestellt und ein Strafverfahren hierwegen eingeleitet werden. Damit wäre dann allerdings die Voraussetzung des § 157 Nr. 1 StGB. gegeben, und sie lag schon vor in dem Zeitpunkt, als die Angekl. den Meineid beging. Weiter wäre hier aber zu prüfen, ob nicht etwa die Restitutionsklage auf Grund des § 582 ZPO. ausgeschlossen wäre, und ob nicht einer Ehescheidungswiderklage ein, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, erklärter Verzicht des Mannes auf den Ehescheidungsanspruch entgegenstünde. Indessen steht einer Berücksichtigung der hiernach in Frage kommenden Möglichkeit einer Restitutionsklage und ihrer rechtlichen Wirkungen ein dem § 157 Nr. 1 StGB. selbst zu entnehmender Umstand entgegen. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. kommt es hierbei allerdings nur darauf an, ob objektiv die Voraussetzungen für die Gefahr einer Verfolgung des Schwörenden bestehen, also gleichgültig, ob dieser sich der Gefahr bewußt ist und bei der Eidesleistung von ihr geleitet wird. Auch hat das RG. ausgesprochen, daß nicht eine naheliegende Gefahr vorausgesetzt werde, sondern auch eine fernere Möglichkeit genüge. Das darf indessen nicht ins Ungemessene ausgedehnt werden, so daß auch eine fernste, eben noch denkbare Möglichkeit einer solchen Gefahr der Strafverfolgung zu berücksichtigen wäre. Es muß vielmehr eine Sachlage derart gegeben sein, daß mit ihr nach den Erfahrungen des Lebens im allgemeinen gerechnet und ihr bei dem Entschlusse zum Handeln eine Bedeutung beigemessen wird. Im vorliegenden Falle würde es sich also darum handeln, ob bei der Vorsicht, die man im gewöhnlichen Leben bei seinem Handeln anwendet, die Angekl., als sie den Meineid beging, auf Grund der damals bestehenden Sachlage auch nur mit der Möglichkeit zu rechnen hatte, daß ihr geschiedener Mann den von B. begangenen Meineid — sofern B. wegen dieses Meineids erst verurteilt sein würde — zur Grundlage einer Restitutionsklage wegen des gegen ihn ergangenen Scheidungsurteils machen und nun seinerseits durch Widerklage Scheidung der Ehe wegen ihres Ehebruchs begehren würde. Der frühere Mann der Angekl. war (wodurch sich die vorliegende Sache von dem Fall in RGSt. 58, 376 unterscheidet) in dem Scheidungsverfahren dem Klaganspruch nicht entgegengetreten und hatte sich auf den Antrag beschränkt, die Kl. als mitschuldig zu erklären; er hat das von ihm behauptete Liebesverhältnis zwischen seiner Frau und B. nicht, wie es nahegelegen hätte, zur Grundlage einer Ehescheidungswiderklage (sei es nach § 1565 oder auch nur nach § 1568 BGB.) gemacht, und damit zum Ausdruck gebracht, daß er mit dem Scheidungsbegehren seiner Frau einverstanden war und wenig Gewicht darauf legte, auf welchem Wege und auf welcher Rechtsgrundlage es zur Scheidung käme. Bei einer solchen Sachlage war die Möglichkeit, daß er nun gleichwohl auf Grund des inzwischen von B. begangenen Meineids weitere Schritte unternehmen und eine Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs seiner Frau anstreben würde, im Zeitpunkte der Eidesleistung der Angekl. so fern liegend, daß die Frage verneint werden muß, ob ihr die Angabe der Wahrheit eine Verfolgung wegen des Ehebruchs zuziehen konnte. Hiernach ist im Ergebnis § 157 Nr. 1 StGB. mit Recht abgelehnt.

(1. Sen. v. 14./28. Febr. 1928; 1 D 11/28.) [A.]

20. § 157 Nr. 1 StGB. Auch dann, wenn in der Hauptverhandlung gegen den Meineidigen einwandfrei festgestellt wird, daß die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nicht nach sich ziehen konnte, ist die Anwendung des § 157 Nr. 1 StGB. nicht ausgeschlossen, sofern nur zur Zeit der Eidesleistung tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden waren, die dem Staatsanwalt Anlaß zum Einschreiten bieten konnten. †)

Der Strafermäßigungsgrund des § 157 Nr. 1 StGB. ist allerdings nur dann gegeben, wenn *tatsächlich*, nicht nur in der Vorstellung des Schwörenden, die Angabe der Wahrheit gegen ihn eine strafrechtliche Verfolgung wegen eines

---

Zu 19. Der Annahme des Urt., daß das „nach sich ziehen konnte" in § 157 Ziff. 1 StGB. — das nach der ständigen Rspr. *objektiv* zu interpretieren ist — eine Abwägung im Einzelfall über die Größe der Gefahr offen läßt und erfordert, ist beizutreten.

Die Frage, welche Gesichtspunkte für diese Abwägung in Betracht kommen, ist strafrechtstheoretisch von Interesse. Mit Recht werden die Worte im vorl. Urt. als „Möglichkeit einer *Gefahr* der Strafverfolgung" interpretiert. Damit rückt die ganze Frage in den Zusammenhang des allgemeinen Gefahrbegriffs und der „Erwartungsdelikte" (vgl. *Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände 1926 S. 35 ff. und im wesentlichen gleichgerichtet jetzt v. *Liszt-Schmidt*, Lehrb. 25. Aufl. S. 156 Anm. 7). Die Abschätzung der „Gefahr" ist hiernach zunächst ein „*kognitives* Wahrscheinlichkeitsurteil", ein Urt. also über voraussichtliches *tatsächliches* Geschehen an Hand der allgemeinen Lebenserfahrung. So faßt sie auch das vorl. Urt. auf, wenn es *psychologische* Erwägungen über das künftige Verhalten des Ehemanns anstellt. Daß dabei der „Zeitpunkt der Eidesleistung" entscheidet (also das Urt. im Strafverfahren eine objektive nachträgliche Prognose darstellt!) ist zutreffend; ebenso ist selbstverständlich, daß als Sachlage die (hypothetische) Angabe der Wahrheit beim Eid zugrunde gelegt werden muß. Bei all dem aber darf nicht übersehen werden, daß in der Abwägung auch stark „*normative*" Elemente enthalten sind: einmal in der Beurteilung der gesamten Rechtslage des Falles, die auch das vorl. Urt. eingehend erwägt, und sodann insbes. in dem *Grad* der erforderlichen Wahrscheinlichkeit. Insoweit besteht immer Revisibilität gegenüber der Entsch. des Tatrichters über § 157 Ziff. 1 StGB.

Prof. Dr. *Edm. Mezger*, Marburg.

Zu 20. Zutreffend wird der Milderungsgrund des vorl. Falles auf einen „Eidesnotstand" zurückgeführt: die starke Kollision der Motive, das dem Eideszwang zur Wahrheit entgegenwirkende Übel der drohenden Strafverfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens sind die anerkennenswerten rechtspolitischen Grundlagen der Vorschrift. Unzutreffend ist aber deshalb der an die Spitze obiger Begründung gestellte, auch sonst vom RG. vertretene Grundsatz, daß

Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte. Für die Frage des tatsächlichen Vorliegens dieser Voraussetzung ist aber nicht entscheidend, ob die Angabe der Wahrheit die Verurteilung des Schwörenden mit Notwendigkeit nach sich ziehen mußte; es kommt vielmehr darauf an, ob sich aus der Bekundung der Wahrheit der Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens und damit die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung ergab, mochte es auch zweifelhaft bleiben, ob ein voller Beweis zu erbringen sein würde. Maßgebend ist hierbei nicht der Zeitpunkt, in welchem gegen den Schwörenden wegen Meineids die Hauptverhandlung durchgeführt und das Urteil erlassen wird, sondern lediglich der Zeitpunkt, in welchem der Schwörende seine eidliche Aussage gemacht hat (vgl. RG. v. 30. Mai 1924, IV 492/24: JW. 1924, 1730[20]; v. 12. Jan. 1925, III 903/24: LZ. 1925, Sp. 718 Nr. 2; v. 12. Okt. 1926, I 485/26: Recht 1926, Nr. 2570, unter Einschränkung der Entsch. in RGSt. 58, 295; v. 15. März 1927, II 199/27: Recht 1927 Nr. 1520). Die Gründe des angefochtenen Urteils lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob diese Rechtsgrundsätze durchweg beachtet worden sind. Das SchwG. führt u. a. aus: Nach den Ergebnissen der Voruntersuchung habe es den Anschein gehabt, als ob im H.'er Dorfhaus bei D. vom Angekl. die Behauptung aufgestellt worden wäre, er habe am fraglichen Tage mit der G. geschlechtlich verkehrt; die Hauptverhandlung habe aber ergeben, daß beim Gespräch der Burschen im Dorfhaus nur die Tatsache erörtert wurde, daß die G. behaupte, sie sei in den kritischen Tagen überhaupt nicht in H. gewesen; die entgegengesetzte Behauptung des Angekl. bilde keine strafbare Handlung; der Angekl. habe nicht zu fürchten brauchen und habe auch nicht befürchtet, daß er für die Behauptung, die G. sei in H. gewesen, gerichtlich verfolgt werden könne; es sei dem Angekl. darum zu tun gewesen, Zeugen zu finden, die bestätigen könnten, daß die G. in H. gewesen sei; das Gericht sei überzeugt, daß damals nicht mehr gesprochen worden sei, als diese Frage. An diesen Ausführungen ist zweifellos richtig, daß der Angekl. wegen der Behauptung für sich allein, daß die G. in der kritischen Zeit in H. gewesen sei, eine Strafverfolgung in keinem Zeitpunkt zu befürchten hatte. Zweifelhaft bleibt aber, ob der nach den Feststellungen zur Zeit der Voruntersuchung bestehende Anschein, daß der Angekl. bei den Besprechungen im Dorfhaus außerdem die verleumderische Behauptung eines Geschlechtsverkehrs mit der G. aufgestellt habe, nicht auch zur Zeit der Eidesleistung bestanden hatte und ob dieser Anschein nicht auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhte, die dem Staatsanwalt Anlaß zum Einschreiten bieten konnten. Träfe dies zu und wäre die Strafantragsfrist für die G. damals noch nicht abgelaufen, die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Beleidigung also noch nicht beseitigt gewesen, dann wären die Voraussetzungen für die Anwendung des § 157 Nr. 1 StGB. gegeben.

(1. Sen. v. 18. Nov. 1927; 1 D 1083/27.) [A.]

21. § 163 StGB.; § 267 StPO. *Eine fahrlässige Verletzung der Eidespflicht kann darin gefunden werden, daß der Schwörende die Aussage mit Bestimmtheit abgibt anstatt unter Berücksichtigung der in den Umständen des bekundeten Vorgangs liegenden Fehlerquellen den Vorbehalt eines Irrtums zu machen. Die Wahrscheinlichkeit einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht hindert nicht die richterliche Überzeugung, daß dem Angekl. mindestens Fahrlässigkeit zur Last fällt.*

Die Fahrlässigkeit des Angekl. bei Ableistung des Eides hat das SchwG. durch folgende Erwägungen begründet: Wahrscheinlich habe der Angekl. vorsätzlich gehandelt. Mit Sicherheit habe ihm jedoch nur Fahrlässigkeit nachgewiesen werden können. Nachdem der Streit wegen des Stalles mit den K.schen Eheleuten und anderen Mietern vorausgegangen sei, habe er alle Veranlassung gehabt, sich schon vor Erhebung der Klage und besonders nach Auferlegung des Eides gründlich zu überlegen, ob er den K.schen Eheleuten nicht doch einen Stall unbedingt versprochen hatte. Diese Vorsicht, zu deren Anwendung er den Umständen nach verpflichtet und imstande gewesen sei, habe er außer acht gelassen und sei hierdurch zu dem falschen Eid gelangt. Hätte er die erforderliche Überlegung angestellt, so wäre ihm nach der Überzeugung des SchwG. zum mindesten die Möglichkeit, daß er den K.s den Stall unbedingt mitvermietet hatte, ohne weiteres zum Bewußtsein gekommen. Die Rev. des Angekl. beanstandet die letzte Ausführung indem sie geltend macht, daß ein fahrlässiger Falscheid nicht schon dann vorliegen könne, wenn der Schwörende nur die Möglichkeit, die auch eine sehr entfernte sein könne, hätte erkennen müssen, daß die von ihm beschworene Tatsache unrichtig sei. Diese Rüge ist jedoch unbegründet. Wie der erste Strafsenat bereits in dem Urt. v. 19. Sept. 1924 — 1 D 663/24 — ausgesprochen hat, liegt eine fahrlässige Verletzung der Eidespflicht darin, daß der Schwörende die (genau seiner Erinnerung entsprechende) Aussage mit Bestimmtheit abgibt, statt unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der in den Umständen des bekundeten Vorgangs liegenden Fehlerquellen, die der Sicherheit einer Wahrnehmung entgegenstanden, den Vorbehalt eines Irrtums zu machen. Dieser Rechtsauffassung entsprechend hat das SchwG. den fahrlässigen Falscheid des Angekl. darin erblickt, daß er die Tatsache der

---

die Notstandslage objektiv gegeben sein müsse, es nicht genüge, wenn sie nur in der Vorstellung des Schwörenden vorliegt. Es ist unrichtig, den allgemeinen Notstandsgrundsätzen entgegen, und unbillig, der Notlage die entschuldigende Kraft abzusprechen, wenn sie nur subjektiv gegeben ist. Mit gleicher Kraft hat eine nur subjektiv vorhandene Notlage wie die wirkliche das Vorstellungs- und Willensleben des Täters beeinflußt; deshalb muß sie nach den allgemeinen Grundsätzen der strafrechtlichen Verantwortung die gleiche das Urteil mildernde Würdigung finden. So wenig wie im § 54 wird hier in § 157 irgendwie das obige so ungereimte wie ungerechte Ergebnis durch den Wortlaut etwa der Auslegung aufgezwungen oder auch nur nahegelegt. Was allgemein für den Putativnotstand gilt (vgl. z. B. RGSt. 57, 269; 59, 71), muß deshalb auch für diesen besonderen Fall desselben gelten.

Nicht ganz so gleichwertig in der allgemeinen (§ 54) und besonderen (§ 157) Notstandsnorm ist die Wortfassung für die Beurteilung der weiteren Streitfrage, ob bei wirklichem Vorliegen der Täter an die Zwangslage gedacht, sich durch die drohende Strafverfolgung zu seiner falschen Aussage habe bestimmen lassen müssen, was vom RG. (z. B. RGSt. 23, 149) wie auch vielfach in der Literatur verneint wird: es genüge in solchen Fällen, wenn die Kollision objektiv vorhanden sei. Diese den gesetzgeberischen Gerechtigkeitsgedanken verkennende Auslegung wird in den allgemeinen Notstandsnormen der §§ 52 und 54 durch den Wortlaut ausgeschlossen: § 52: „wenn der Täter durch ... Gewalt oder ... Drohung ... zu der Handlung genötigt worden ist", § 54: „wenn die Handlung ... zur Rettung ... begangen worden ist". Der Wortlaut des § 157 ist in dieser Beziehung nicht so zwingend, ermöglicht aber dieselbe richtige und gerechte Auslegung in gleicher Weise, rechtfertigt es deshalb durchaus nicht, gerade die abwegige, dem rechtspolitischen Grundgedanken widerstrebende, nicht gerade wie in den §§ 52, 54 ausdrücklich ausgeschlossene Möglichkeit zu wählen. Also nur wenn im Vorstellungs- und Willensleben des Schwörenden die Kollision bestand, die eidliche Aussage unter ihrem Drucke erfolgte, ist vernünftiger- und gerechterweise die Milderung vorgesehen, nicht etwa bei freier Bewußtseinslage, wenn ohne jeden Einfluß auf den Eid, fern vom Vorstellungs- und Willensleben des Täters, die Gefahr nur objektiv bestand, wie vielfach, auch vom RG., abwegig gelehrt wird.

Es genügt demnach, nach den allgemeinen Grundsätzen, der subjektive Tatbestand der Notstandslage. Der objektive ist nicht erforderlich und, wenn er vorliegt, nicht von entscheidender Bedeutung: auch bei objektiv gegebener Kollisionslage ist die Vorschrift des § 157 nur dann anwendbar, wenn auch subjektiv, im Bewußtsein des Täters, wirklich der seelische Konflikt obwaltete, eine Notstandslage vorhanden war.

Daß im übrigen für die Kollision die Zeit der Eidesleistung, nicht das spätere Strafverfahren maßgebend ist, wie das obige Urteil zutreffend feststellt, bedarf keiner weiteren Ausführung[1]).

Prof. Dr. Coenders, Köln.

---

[1]) In den Entw. 1925, 1927 wurde von einer besonderen Milderungsnorm nach Art des § 157 mit Rücksicht auf die allgemein, auch bei den Eidesdelikten, vorgesehenen mildernden Umstände abgesehen. Im RTAusschuß wurde ein Antrag Rosenfeld u. Gen., die besondere Vorschrift wegen ihrer Wichtigkeit wieder herzustellen, mit 11 gegen 9 Stimmen abgelehnt.

Zusicherung eines Stalles mit Bestimmtheit als nicht wahr beeidet hat, während er bei Anwendung der durch die Umstände gebotenen und ihm möglichen Überlegung zur Zeit der Eidesleistung mindestens die Möglichkeit eines anderen Sachverhalts und somit das Vorliegen eines Irrtums erkennen mußte. Die Wahrscheinlichkeit einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht hinderte das SchwG. nicht an der Überzeugung, daß dem Angekl. mindestens Fahrlässigkeit zur Last falle. Diese Feststellung brauchte nach § 267 StPO. ausführlicher, als geschehen, nicht begründet zu werden.

(2. Sen. v. 12. Jan. 1928; 2 D 972/27.) [A.]

22. §§ 176 Nr. 1, 185 StGB. Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von Nötigung zur Unzucht und Beleidigung.

Das Verbrechen gegen § 176 Ziff. 1 StGB. und das Vergehen der tätlichen Beleidigung nach § 185 StGB. können in Tateinheit (§ 73 StGB.) zusammentreffen. Denn der § 176 Ziff. 1 StGB. schützt vornehmlich die geschlechtliche Freiheit und die geschlechtliche Unversehrtheit der Frau, der § 185 StGB. dagegen ihre Ehre, einschließlich ihrer Geschlechtsehre. Demgemäß ist der innere Tatbestand beider Straftaten verschieden, so daß die Verneinung des Vorsatzes aus § 176 Ziff. 1 StGB. nicht rechtsnotwendig die Verneinung des Vorsatzes aus § 185 StGB. in sich schließt.

(3. Sen. v. 8. Dez. 1927; 3 D 841/27.) [A.]

23. § 176 Ziff. 3 StGB. Subjektive Seite der Tat. Wenn der Täter über das Alter des Mädchens keine Betrachtungen angestellt hat, so ist damit die Möglichkeit eines bedingten Vorsatzes nicht ausgeschlossen.†)

Das angefochtene Urteil leidet an einem Widerspruch. Es berichtet über die Verteidigung des Angekl. vor dem Schöffengericht, daß er die M. für über 14 Jahre alt gehalten habe, bemerkt hierzu, diese Behauptung erscheine recht wohl glaubhaft, fügt dann aber bei, „wenngleich der Angekl. im Augenblick der Tat über das Alter des Mädchens wohl keine Betrachtungen angestellt haben werde". Mit den Worten „im Augenblick der Tat", soll offenbar nicht ein Gegensatz zu einem anderen Zeitpunkt bezeichnet sein, da für den inneren Tatbestand überhaupt nur der Augenblick der Tat von Bedeutung ist. Wenn aber der Angekl. — was das Gericht unterstellt und wohl als wahrscheinlich annimmt — über das Alter des Mädchens überhaupt keine Betrachtungen angestellt hat, so kann er nicht förmlich geglaubt haben, das Mädchen sei schon über 14 Jahre alt. Hat er sich über das Alter des Mädchens keine Gedanken gemacht, so kann sehr wohl die Sachlage so zu beurteilen sein, daß er für alle Fälle die Handlung vornehmen wollte, gleichgültig nun, ob er ein Kind unter 14 Jahren oder ein älteres Kind vor sich habe. Wer ein Kind, dessen Alter um das 14. Lebensjahr herum ist, unzüchtig betastet, kann nicht ohne weiteres dadurch entschuldigt sein, daß er sich „keine Gedanken darüber macht", wie alt das Kind sei. Dies muß namentlich von einem Manne gelten, dem selbst schon in zwei früheren Strafverfahren die Bedeutung der Altersstufe von 14 Jahren eindringlich vor Augen getreten ist. Die Möglichkeit, daß bedingter Vorsatz vorliege, ist also im angefochtenen Urteil nicht ausgeschaltet.

(1. Sen. v. 13. Jan. 1928; 1 D 1094/27.) [A.]

Zu 23. Das RG. hat sich im Zweifel darüber befunden, wie die Stellung des angefochtenen Urteils aufzufassen sei, daß der Täter „im Augenblick der Tat" wohl keine Betrachtungen über das Alter des Mädchens angestellt haben werde. Diese Worte sind in der Tat unklar. Das RG. glaubt, daß die StK. auf den Zeitpunkt habe überhaupt kein Gewicht legen, sondern einfach habe verneinen wollen, daß sich der Angekl. bei der Tat Gedanken über das Alter des Kindes gemacht habe. Bei dieser Auslegung wäre der vom RG. angenommene Widerspruch als tatsächlich vorhanden und die Aufhebung des Vorderurteils als begründet anzuerkennen. Wer eine Person für über 14 Jahre alt hält, hat über deren Alter genau ebenso eine bestimmte Vorstellung, wie derjenige, der sie für so alt nicht hält. Der Verstand hat die vor ihm aufgetauchte Frage, ob die angegriffene Person die Altersgrenze von 14 Jahren schon überschritten habe, einmal im bejahenden, das andere Mal im verneinenden Sinne beantwortet. Hatte der Täter, wie das LG. zunächst feststellt, das Kind für älter als 14 Jahre gehalten, so mußte er sich, worauf das RG. mit Recht hinweist, auch Gedanken über das Kindesalter gemacht haben, was die StK. widerspruchsvoll an anderer Urteilsstelle aber gerade verneint.

Zutreffend ist auch, was das RG. im Anschluß an den hervorgehobenen Widerspruch sagt.

Würde der aus § 176 Ziff. 3 StGB. zur Verantwortung gezogene Täter erklären, er habe sich bei seiner Handlung überhaupt keine Gedanken gemacht, so könnte er damit nicht gehört werden. Der vernunftbegabte Mensch, der Herr seiner Sinne ist, kann zu keiner Handlung vorschreiten, ehe er nicht über Art und Ziel dessen, was die Verwirklichung seines Willens in der äußeren Welt herbeiführen soll, eine Vorstellung gewonnen hat. Das unser Bewußtsein durchwogende Vorstellungsleben bereitet den Willensentschluß erst vor. Sobald der Kampf um das Für und Wider abgeschlossen und eine bestimmte Vorstellung infolge ihrer Lustbetonung aus dem Widerstreit der Erwägungen und Gefühle siegreich hervorgegangen ist, kommt es zur Nerveninnervation und Muskelanspannung, die den seelischen Erregungszustand in eine Körperbewegung, in die Handlung im engeren Sinne, ausmünden läßt. Ein junges Mädchen wird im Regelfall schon durch sein Äußeres sein unreifes Alter offenbaren und den Attentäter auf diese Weise bestimmen, sich Gedanken über sein Alter zu machen. Im abgeurteilten Falle mußten solche Gedanken um so gewisser kommen, als der Täter durch frühere Aburteilungen besonders darauf hingewiesen worden war, daß die Altersgrenze von 14 Jahren eine wichtige Rolle spiele. Rechnete der Täter auch nur mit der Möglichkeit von der Erreichung dieser Altersstufe und vergriff er sich trotzdem an dem Kinde, so hätte er mit dem bedingten Vorsatz gehandelt. Wenn das RG. diese Annahme mit der Feststellung, daß sich der Täter über das Alter seines Opfers keine Gedanken gemacht habe, für vereinbar erklärt, so ist dies, strenggenommen, nicht ganz richtig. Der eventuelle Dolus setzt eine Gedankenarbeit voraus und kann sich so wenig wie der bestimmte Dolus mit einer bloßen Willensbetätigung begnügen. Tatsächlich hat das RG. unterstellen wollen, daß im vorl. Falle die Behauptung des Angekl., er habe sich über das Alter keine Gedanken gemacht, zurückzuweisen sei. Denn wenn es annimmt, der Angekl. habe wohl für alle Fälle die Tat verüben wollen, gleichgültig, ob das Kind unter 14 Jahren oder älter sei, so deuten die Worte „gleichgültig, ob" auf die Unsicherheit der Vorstellungs-, nicht der Willensseite hin. Wirklich kein Gedanke über das Alter seines Opfers kann nur derjenige gehabt haben, der seinen Vorsatz, sich an einem weiblichen Wesen zu vergreifen, z. B. in dunkler Nacht im Walde ausführt, dabei zwar weiß, daß er eine Weibsperson erwischt, an deren Gestalt, Stimme u. dgl. aber nicht erkennen kann, daß er in Wahrheit ein Kind vor sich hat, worauf sein Sinn und Wille nie gerichtet gewesen ist.

Die Feststellungen der StK. sollten aber möglicherweise eine ganz andere Bedeutung haben, als wie sie das RG. ihnen gibt. Die Worte „im Augenblick der Tat" konnten i. S. der Tatausführung gemeint sein. Bei dieser Auslegung wäre eine Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht geboten gewesen. Daß es für den inneren Tatbestand, wie das RG. sagt, überhaupt nur darauf ankomme, daß der Täter im Augenblick der Tat sich bestimmte Gedanken gemacht habe, ist nicht zuzugeben. Wen ungehemmte Triebe zu Sittlichkeitsverbrechen reizen, das er, am Waldesrande auflauernd, an jungen Mädchen begehen will, der kann, ehe die Mädchen aus dem Walde heraustreten, sich gesagt haben, daß die Mädchen wohl unter 14 Jahre alt seien, gleichwohl aber von ihm angegriffen werden sollten. Ein mit solchem Vorsatz schon lange vor der Tat Erfüllter, braucht sich im Augenblick der Tat keinerlei besonderen Betrachtungen über das Alter seiner Opfer hinzugeben; sein Verstand hatte schon vorgearbeitet, so daß, als Gelegenheit zur Tatausführung sich plötzlich ergab, nur noch die Verwirklichung des vorgesetzten Plans durch die Willensbetätigung nötig war. Wie hier Vorstellung und Wille von vornherein darauf gerichtet war, Mädchen, sei es über, sei es unter 14 Jahre alt, anzugreifen, konnte in einem anderen Falle bei einem aus § 176 Ziff. 3 StGB. Angekl. der Vorsatz von vornherein dahin gegangen sein, eine Unzüchtigkeit zwar zu begehen, Mädchen unter 14 Jahren aber dabei unter allen Umständen aus dem Spiele zu lassen. Gerade ein Vorbestrafter wie der Angekl. im vorl. Falle konnte sich seine früheren Verurteilungen in diesem Punkte zur Warnung dienen lassen. Hätte in unserem Falle der Angekl. schon einige Zeit vor der Tat einen dahingehenden Vorsatz gefaßt, hätte er z. B. auch das — später angegriffene — Mädchen M. gekannt und bestimmt als über 14 Jahre alt eingeschätzt, und hätte er sich gesagt, daß er die M. gerade deshalb bei passender Gelegenheit einmal hernehmen könnte, so konnte er allerdings das Mädchen „für über 14 Jahre alt gehalten" und gleichwohl im Augenblick der Tat „über das Alter keine (besonderen) Betrachtungen angestellt haben".

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

24. § 176 Ziff. 3 StGB. **erfordert, daß der Körper der jugendlichen Person das Angriffsobjekt für die unzüchtige Handlung bildet.†)**

Die Verurteilung wegen Vornahme unzüchtiger Handlungen mit der Anna E. ist unter der Feststellung erfolgt, daß der Angekl. das Mädchen mit der einen Hand umfaßt und mit der anderen Hand die Hand des Kindes an seinen Hosenladen geführt hat. Der Angekl. hat also die Hand der E. höchstens dazu benutzt, um an seinem eigenen Körper eine unzüchtige Handlung vorzunehmen. Das genügt, wie das RG., von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, in ständiger Rechtsprechung annimmt, zur Erfüllung des Tatbestandes des § 176³ StGB. in der Begehungsform der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Kinde nicht. Vielmehr ist dazu erforderlich, daß die unzüchtige Handlung an dem Körper der jugendlichen Person vorgenommen wird, daß dieser das Angriffsobjekt für die unzüchtige Handlung bildet (vgl. u. a. RGSt. 22, 33; 33, 429). Dieser Rechtsprechung ist auch der erk. Sen. gefolgt, so für einen gleichliegenden Fall in seinem Urt. v. 3. Jan. 1914 — I 1206/13 —. Er hat an ihr noch in neuester Zeit festgehalten (Urt. v. 27. Mai 1927 — I 478/27).

(1. Sen. v. 27. März 1928; 1 D 199/28.) [D.]

24a. §§ 185, 186 StGB. **Dieselbe Äußerung, die nach § 186 StGB. strafbar ist, kann nicht zugleich eine Beleidigung nach § 185 StGB. darstellen. In dem gegen den Ehemann erhobenen Vorwurf des Ehebruchs liegt keine Beleidigung der Ehefrau.†)**

Die Verurteilung des Angekl. auf Grund der §§ 185, 186, 73 StGB. unterliegt sachlich-rechtlichen Bedenken. Sie ist unter der Feststellung erfolgt, daß er „den Nebenkl. und dessen Ehefrau beleidigt und in Beziehung auf den Nebenkl. Tatsachen behauptet habe, die diesen verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet sind“, indem er in einem Briefe an die Ehefrau des Nebenkl. diesen als „Hurenhengst“ und „Hurenkerl“ bezeichnete, der einen unehelichen Sohn im Ort herumlaufen habe und seiner Familie nur Schande bereite. In dem für erwiesen erachteten Sachverhalt konnte die StK. ohne Rechtsirrtum den Tatbestand des § 186 StGB. — üble Nachrede gegenüber dem Nebenkl. R. — finden. Es ist allerdings nicht ausdrücklich festgestellt, daß die über diesen in dem an seine Ehefrau gerichteten namenlosen Schreiben behaupteten ehrenrührigen Tatsachen nicht erweislich wahr sind. Doch könnte über diesen Mangel hinweggegangen werden, da nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils der Nebenkl. die Behauptungen des namenlosen Schreibens in Abrede gestellt und der Angekl., der seine Täterschaft bestritten hatte, keinen Wahrheitsbeweis angetreten hatte. Dagegen wird die Verurteilung wegen Beleidigung der Eheleute R. nach § 185 StGB., die mit der üblen Nachrede tateinheitlich zusammentreffen soll, durch die Begründung des angefochtenen Urteils nicht getragen.

Soweit eine Beleidigung des Ehemanns in Frage steht, scheint die StK. das Verhältnis des § 186 StGB. zum § 185 a. a. O. verkannt zu haben. Der Tatbestand des § 186 hebt einen besonderen Fall aus dem Gattungsbegriff der Beleidigung hervor. Soweit die Behauptung oder Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen in Betracht kommt, wird daher der Tatbestand der nach § 185 strafbaren Beleidigung durch den engeren Tatbestand des § 186 aufgezehrt. Dieselbe Äußerung, die nach § 186 strafbar ist, kann nicht zugleich eine Beleidigung nach § 185 darstellen. Das ist auch dann ausgeschlossen, wenn eine innerlich zusammenhängende Kundgebung, die in einer Behauptung tatsächlicher Art von ehrenkränkender Eigenschaft besteht, zugleich einzelne beleidigende Ausdrücke enthält, die lediglich der näheren Kennzeichnung des in den tatsächlichen Behauptungen hervortretenden Verhaltens einer Person dienen sollen, wenn also abfällige Urteile mit einem bestimmten Verhalten der Geschehnisse in Beziehung gesetzt werden (RGSt. 24, 269, 272; 41, 277, 286; 52, 270,

---

Zu 24. In den Tatbeständen des § 176 Ziff. 3 StGB. sind folgende drei Erscheinungsformen zu unterscheiden, deren alternative Feststellung zulässig ist (Recht 1911 Nr. 3948):

1. die Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Personen unter 14 Jahren;
2. die Verleitung solcher Personen zur Verübung unzüchtiger Handlungen;
3. die Verleitung derartiger Personen zur Duldung unzüchtiger Handlungen.

Die vorliegende Entsch., die den Sachverhalt lediglich unter den rechtlichen Gesichtspunkten der ersten Alternative erörtert, setzt in Übereinstimmung mit dem Urt. desselben Sen. v. 27. Mai 1927 (JW. 1927, 2015[29]) für die Begehungsform der „Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Kinde“ voraus, daß an dem Körper der jugendlichen Person die unzüchtige Handlung vorgenommen wird. Im Gegensatz zu dieser Auffassung erachtet es der 2. Sen. in einer Entsch. v. 27. Okt. 1927 (JW. 1927, 3049[6]) für die Anwendbarkeit der ersten Alternative des § 176 Ziff. 3 StGB. als ausreichend, „wenn der Körper des Kindes dazu benutzt wird, vermittels seiner an dem Körper des Täters eine das geschlechtliche Schamgefühl verletzende Handlung auszuführen“ (vgl. ebenso RGSt. 49, 178). Gegenüber diesen beiden Urt. des 2. Sen. hätte sich doch wohl in vorl. Falle die Herbeiführung einer Entsch. der VerStS. empfohlen.

Die strengere Ansicht des 2. Sen., der sich auch Ebermayer (Anm. 3 zu § 174) anschließt, verdient unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Grundes der Strafbarkeit — Schutz der jugendlichen Personen vor Verwendung zur Unzucht (RGSt. 49, 179) und Verhinderung des Mißbrauchs der unwiderlegbar vermuteten geschlechtlichen Unerfahrenheit des Kindes (Frank, Anm. II zu § 176) — den Vorzug. Die stark formalistische Auslegung, die sich neben dem 1. auch der 3. und 4. Sen. zu eigen gemacht haben (vgl. die Zitate bei Ebermayer a. a. O. und JW. 1928, 912[35]), steht zu den Bedürfnissen der Praxis in einem unvereinbaren Widerspruch (Mittermaier: JW. 1927, 2015, Anm. zu Nr. 29).

Olshausen (Anm. 9 zu § 174) und Frank (Anm. I, 2 zu § 174) gehen sogar so weit, das Tatbestandsmerkmal der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Kinde i. S. der §§ 174, 176 Ziff. 3 StGB. zu bejahen, wenn der Körper des Kindes nur in irgendeiner Weise an der Handlung des Täters beteiligt wird, ohne daß der Körper des Kindes gerade das Angriffsobjekt des Täters zu bilden braucht.

Abgesehen von vorstehenden Ausführungen ist aber überhaupt nicht einzusehen, weshalb das RG. in vorl. Falle die durch den Angekl. bewirkte Heranführung der — unbekleideten — Hand des Kindes an den Hosenladen des Täters nicht als einen Angriff gegen den Körper der jugendlichen Person angesehen hat; die zur Erregung der Geschlechtslust des Täters mißbrauchte Hand des Kindes ist doch ein Teil seines Körpers. Die Tatsache, daß der Täter das Fleisch des Kindes nicht mit seinem entblößten Körper in unmittelbare Berührung gebracht hat, ist für die Anwendbarkeit des § 176 Ziff. 3 StGB. ohne Bedeutung (RGSt. 33, 430; JW. 1928, 912[35]; Ebermayer, Anm. 11 zu § 176). Daß in der Handlungsweise des Angekl. jedenfalls eine Verleitung zur Verübung oder Duldung einer unzüchtigen Handlung im Sinne der zweiten und dritten Alternative des § 176 Ziff. 3 StGB. zu erblicken ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Diese Frage behandelt das vorliegende Urteil, soweit es abgedruckt ist, überhaupt nicht.

Zweifelhaft kann es sein, ob der jugendlichen Person, zumal wenn es sich um ein in den ersten Lebensjahren stehendes Kind handelt, die Unzüchtigkeit des ganzen Vorfalls zum Bewußtsein kommt. Diese Frage ist aber für die Schuldfeststellung unerheblich. Es genügt, daß die Handlung objektiv unzüchtig ist und daß durch sie nach dem Willen des Täters die Geschlechtslust erregt werden soll. Auf die Strafbarkeit ist es auch ohne Einfluß, ob der Täter sich der Unzüchtigkeit seiner Handlung bewußt ist. Im Gegensatz zur früheren Rspr. (Recht 1903, 319; RGSt. 22, 35) schließt nach RGSt. 40, 326 die irrige Meinung des Angekl., sein Treiben sei nicht unzüchtig, den Vorsatz nicht aus, weil es sich hierbei nur um einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum handelt.

Die im Entwurf eines StGB. (§ 259) getroffene Regelung, nach der strafbar ist, wer ein noch nicht 14 Jahre altes Kind zur Unzucht mißbraucht, enthält eine Zusammenfassung der bisher im § 176 Ziff. 3 StGB. aufgeführten Einzeltatbestände. Sofern sich die Rspr. nicht wieder in gekünstelte und zweckwidrige Unterscheidungen verirrt, wird diese Bestimmung geeignet sein, alle strafwürdigen Fälle zu treffen.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 24a. Das Urteil entspricht der bisherigen Rspr. und ist in vollem Umfange zu billigen.

Was zunächst das Verhältnis der in §§ 185 u. 186 StGB. geregelten Tatbestände zueinander anbetrifft, so erachtet die herrschende Meinung — vgl. außer den im Urteil zit. Entsch. noch LZ. 1914, 1658; a. M. Kern, Die systematische Abgrenzung der Verbrechenselemente (1912) S. 14; Frank, Komm. z. StGB., Anm. 1 zu § 186; Gabler, Das Vergehen der sog. üblen Nachrede (1892) S. 31 f. — den § 186 StGB. für einen Unterfall (lex specialis)

272; RGUrt. v. 8. März 1923, III 841/22). Tateinheit zwischen übler Nachrede (§ 186) und einfacher Beleidigung (§ 185) ist nur möglich, wenn eine einheitliche Kundgebung die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen und zugleich eine davon verschiedene formale Beleidigung enthält (vgl. RGSt. 59, 414, 417), oder wenn die beleidigende Kundgebung sich in erster Linie an den Beteiligten selbst richtet und nur zugleich auch zur Weitergabe an andere bestimmt war (vgl. RGSt. 41, 61). Daß hier ein Fall vorgelegen habe, in dem eine formale Beleidigung des Ehemannes R. im rechtlichen Zusammentreffen mit übler Nachrede gegenüber diesem rechtsirrtumsfrei hätte festgestellt werden können, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Vielmehr hat die StK. offensichtlich den Tatbestand der formalen Beleidigung des Ehemannes R. in den gegen diesen gerichteten Schimpfworten erblickt, die nur einen Teil der Begründung des gegen ihn erhobenen Vorwurfs des Ehebruchs enthalten.

Die Verurteilung des Angekl. wegen Beleidigung der Ehefrau R. aus § 185 StGB. entbehrt, wie die Rev. mit Recht rügt, bisher jeder Begründung. Würde, was hiernach nicht als ausgeschlossen gelten kann, die StK. angenommen haben, der gegen einen Ehemann erhobene Vorwurf des Ehebruchs schließe rechtsnotwendig eine Beleidigung der Ehefrau in sich, so wäre diese Meinung rechtsirrig. Das Rechtsgut der Ehre steht grundsätzlich nur dem einzelnen Menschen zu. Die Ehre einer Personenmehrheit wird, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, durch das Strafgesetz nicht geschützt, insbes. nicht die Ehre der Familie. Die mittelbare Beleidigung ist dem geltenden Recht fremd (vgl. GoltdArch. 48, 441; JW. 1912, 934; RGUrt. v. 4. Jan. 1923, II 640/22). Es hätte der Feststellung besonderer Umstände bedurft, aus denen sich der Charakter einer Ehrverletzung der Ehefrau durch die üble Nachrede gegenüber dem Ehemann ergeben sollte.

Durch die in doppelter Hinsicht unrichtige Anwendung des § 185 StGB. kann der Angekl. beschwert sein. Das angefochtene Urteil mußte deshalb aufgehoben werden. Bemerkt sei, daß, wenn in der neuen Verhandlung Umstände festgestellt werden können, die nach den vorstehenden Ausführungen die Verurteilung wegen formaler Beleidigung der Ehefrau R. rechtfertigen, gegen die Annahme tateinheitlichen Zusammentreffens der üblen Nachrede gegenüber dem **Ehemann** und der formalen Beleidigung der **Ehefrau** keine rechtlichen Bedenken bestehen würden.

(1. Sen. v. 15. Mai 1928; 1 D 180/28.) [A.]

****25.** §§ 217, 221, 223, 223a StGB. **Ob Tötung und Aussetzung tateinheitlich zusammentreffen können, hängt von der Beschaffenheit des jeweiligen Vorsatzes des Täters ab.†)**

1. In der Nacht zum 23. Juli 1927 hat die Angekl. zum drittenmal unehelich geboren, und zwar, wie bereits 1920, auf dem Abort. Das Kind ist hierbei, ebenso wie bei der Geburt i. J. 1920, durch die Öffnung des Abortsitzes in die Dunggrube gefallen und daran erstickt, daß ihm Kot, Blut oder Schleime Mund und Nase verschlossen. Die Angekl., die wegen Kindestötung und damit tateinheitlich zusammentreffender Aussetzung (§§ 217, 221 Abs. 1—3, 73 StGB.) zu 3 Jahren Zuchthaus verurteilt wurde, hat mit der Rev. hauptsächlich geltend gemacht, daß die Voraussetzungen der Aussetzung nicht gegeben seien, jedenfalls aber zu deren Annahme neben und zugleich mit der Kindstötung kein Raum sei, weil nach Lage der Sache der festgestellte unmittelbare Tötungsvorsatz den der Aussetzung eigentümlichen bloßen Gefährdungsvorsatz ausschließe. 2. In dieser Hinsicht kommt folgendes in Betracht: Der Angabe der Angekl., sie sei auf dem Abort von den Wehen überrascht worden und das Kind sei ihr bei dem plötzlichen Verlauf der Geburt unversehens in den Abort gefallen, hat das SchwG. keinen Glauben geschenkt, sondern für erwiesen erachtet, daß sie absichtlich, weil ihr „daran lag", das Kind in den Abort fallen ließ. „Ihr Bestreben ging von vornherein dahin, das Kind ... in den Abort fallen zu lassen." Dort ließ sie es über Nacht liegen, während sie selbst sich nach der Geburt in ihren im Bodengeschoß befindlichen Schlafraum begab, „um erst gegen Morgen das Kind aus dem Abort herauszuholen". Hierbei „kann sie nur der Gedanke geleitet haben, daß das Kind in dem Abort inzwischen sterben müsse". Nach der Überzeugung des SchwG. war sie „offenbar bestrebt, das Kind erst längere Zeit ohne jede Fürsorge liegen zu lassen, um sicher zu sein, kein lebendes Kind mehr vorzufinden". „Das ganze Handeln der Angekl. bei und nach der Geburt war bewußt darauf gerichtet, das von ihr erkannte oder vermutete Leben des Kindes zu vernichten." Ohne Rechtsirrtum ist hiernach die Angekl. der vorsätzlichen Kindstötung nach § 217 StGB. schuldig befunden worden. 3. Ob dieses Verbrechen mit Aussetzung (§ 221 StGB.) tateinheitlich zusammentreffen kann, hängt nach den vom Senat in dem Urt. v. 27. April 1894 (RGSt. 25, 321) darüber angestellten allgemeinen Erörterungen von der Beschaffenheit des jeweiligen Vorsatzes des Täters ab; während es für undenkbar erachtet wird, daß jemand, der — unbedingt — einen

---

des § 185 StGB. und läßt ein tateinheitliches Zusammentreffen zwischen den beiden Erscheinungsformen des Oberbegriffes „Beleidigung" nur unter der Voraussetzung zu, daß

a) entweder die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen (§ 186) in anderen Äußerungen der veröffentlichten Gesamtkundgebung enthalten ist als der nach § 185 StGB. zu beurteilende rein formale Ausdruck der Mißachtung (RGSt. 34, 134; 55, 138; 59, 417), oder daß

b) die ehrverletzende Kundgebung nicht nur gegenüber dritten Personen erfolgt (§ 186), sondern nach dem Willen des Täters auch an den Beleidigten selbst gerichtet wird (§ 185); (vgl. RGSt. 41, 61; LZ. 1914, 1364).

II. Zu unterscheiden ist zwischen „gleichzeitiger" und „mittelbarer" Beleidigung.

Eine gleichzeitige Beleidigung (gleichartige Idealkonkurrenz) liegt vor, wenn die gegen eine Person ausgesprochene Ehrverletzung zugleich die Ehrenkränkung eines anderen enthält. Wer z. B. das Schimpfwort Hurenkind gebraucht, beleidigt sowohl das Kind wie die Mutter (vgl. Olshausen, Komm. z. StGB., 11. Aufl., Anm. 4 zu § 185).

Eine mittelbare Beleidigung in dem Sinne, daß in der auf A. bezüglichen ehrverletzenden Äußerung allein wegen naher (familiärer usw.) Beziehungen zwischen A. und B. zugleich eine Beleidigung des B. enthalten ist, wird im geltenden Recht nicht anerkannt (vgl. hierzu außer den Zitaten des Urteils GoltdArch. 57, 209; Olshausen a. a. O.; RGRKomm. z. StGB., Anm. 8 zu § 185). Allerdings kann eine Behauptung, die sich dem Wortlaut nach lediglich auf eine bestimmte Person bezieht und nur ihr gegenüber in beschimpfende Form gekleidet ist, sich zugleich als Ehrenkränkung eines anderen darstellen. Dies ist dann der Fall, wenn die den A. beleidigende Äußerung zugleich den gegen B. gerichteten Vorwurf enthält, daß den B. die Schuld an dem die Kritik des Beleidigers herausfordernden Verhalten des A. trifft; z. B. könnte in der Behauptung, die Tochter habe außerehelich geboren (vgl. GoltdArch. 48, 441), eine Beleidigung der Eltern erblickt werden, wenn ihnen hierdurch eine unverantwortliche Vernachlässigung der gebotenen Aufsichtspflicht über die minderjährige, in ihrem Hause lebende Tochter nachgesagt werden soll. Ebenso wäre die Behauptung ehebrecherischen Verkehrs der Ehefrau (vgl. JW. 1912, 934[12]) als eine Ehrverletzung des Ehemanns zu erachten, wenn der Beleidiger ihm mit diesen Worten den Vorwurf einer Duldung solcher Beziehungen und damit einer ehewidrigen, sittenlosen Gesinnung machen will.

Dagegen enthält die Äußerung, durch die eine Person unmittelbar beleidigt wird, niemals eine Beleidigung weiterer Personen, wenn diese nach allgemeiner rechtlicher und gesellschaftlicher Anschauung für das vom Beleidiger kritisierte Verhalten des unmittelbar Beleidigten nicht verantwortlich zu machen sind. Es werden daher z. B. kaum Fälle denkbar sein, in denen eine Beleidigung des Sohnes durch Äußerungen über den Vater (vgl. BayObLG. 14, 190) oder eine Ehrenkränkung der Ehefrau durch Angriffe gegen ihren Mann anzunehmen ist (vgl. Liepmann, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil IV, 327 ff.).

Da der gegen einen Ehemann gerichtete Vorwurf ehebrecherischer Gewohnheiten den persönlichen Wert, der der Ehefrau innerhalb der menschlichen Gesellschaft zukommt, unangetastet läßt, verneint das vorl. Urteil mit Recht eine Beleidigung der Ehefrau, die wohl als „gekränkt", nicht aber als „beleidigt" (GoltdArch. 48, 441) anzusehen ist.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 25. Den Erwägungen des 2. StS. ist allenthalben beizupflichten. Der Angekl. Bestreben ging von vornherein dahin, das zu gebärende Kind in den Abort fallen und es dort liegen zu lassen in dem Gedanken, daß das Kind infolgedessen sterben müsse. Ihr ganzes Handeln war bewußt darauf gerichtet, das von ihr erkannte oder vermutete Leben des Kindes zu vernichten. Diese Feststellungen rechtfertigen die

anderen töten will, zugleich den — ebenfalls unbedingten — Willen habe, ihn durch Aussetzung an Leib oder Leben nur zu gefährden, wird es mit den Denkgesetzen für vereinbar gehalten, daß der Täter „prinzipaliter" auf Tötung des Hilflosen ausgeht, dabei aber das Mittel der Aussetzung wählt mit dem bedingten Vorsatz, auf diese Weise „sich wenigstens der Persönlichkeit zu entledigen, d. h. sie (i. S. § 221 StGB.) auszusetzen". Ebenso sei denkbar, daß der Täter „prinzipaliter" sich des Hilflosen nur durch Aussetzung entledigen wolle, dabei aber sich der Möglichkeit, hierdurch dessen Tod herbeizuführen, bewußt und damit einverstanden sei. — Es kann dahingestellt bleiben, ob mit dieser Rechtsauffassung das zum Abdruck bestimmte Urt. des III. Strafsenats v. 26. Sept. 1927, 3 D 755/27, in Einklang zu bringen ist, das — wenigstens zwischen Körperverletzung und versuchtem Totschlag — die Möglichkeit von Tateinheit selbst bei Unterstellung von nur bedingtem Tötungsvorsatz neben unmittelbarem Verletzungsvorsatz als rechtlich nicht denkbar verneint, weil der Vorsatz nicht gleichzeitig darauf gerichtet gewesen sein könne, den Verletzten zu töten und ihn nicht zu töten, sondern nur gesundheitlich zu schädigen; denn selbst wenn man von der RGSt. 25, 321 ff. vertretenen Rechtsauffassung ausgeht, wird doch durch den festgestellten Sachverhalt hier die Annahme einer mit der Kindstötung rechtlich zusammentreffenden Aussetzung schon wegen Fehlens eines auf Aussetzung gerichteten Vorsatzes ausgeschlossen. Zwar heißt es in der zusammenfassenden Feststellung des SchwG., das ganze Handeln der Angekl. bei und gleich nach der Geburt des Kindes sei bewußt darauf gerichtet gewesen, „das von ihr erkannte oder vermutete Leben des Kindes zu vernichten". Das SchwG. hält es hiernach für möglich, daß die Angekl. nicht gewiß war, sondern nur vermutete, daß das von ihr geborene Kind noch lebte. Den Willen, das Leben des Kindes zu vernichten, betätigte sie also nur für den von ihr vermuteten Fall, daß das Kind lebte, und insoweit hatte sie allerdings nur einen unbestimmten, durch die Voraussetzung des Lebens des Kindes bedingten Tötungsvorsatz. Traf diese Voraussetzung nicht zu, so war der Tötungsvorsatz gegenstandslos; ebensowenig wäre dann aber für die Betätigung des Willens der Aussetzung des Kindes (i. S. § 221 StGB.) Raum geblieben. Dagegen war für den — in Wirklichkeit gegebenen — Fall, daß das Kind lebte, der Tötungsvorsatz der Angekl. unbedingt; mit der Möglichkeit, daß alsdann ihre Handlungsweise nicht den Tod des Kindes zur Folge haben, sondern dessen Leben vielleicht nur gefährden (§ 221 StGB.) oder nur seine Gesundheit schädigen werde (§§ 223, 223a StGB.), hat die Angekl. ersichtlich gar nicht gerechnet. Ebensowenig kommt hier in Frage — was in RGSt. 25, 321, 322 als rechtlich denkbar bezeichnet wird —, daß etwa die Angekl. zunächst und unmittelbar zwar nur den Vorsatz, das Kind zu gefährden oder seine Gesundheit zu verletzen, gehabt, aber zugleich erkannt und auf die Gefahr hin gehandelt hätte, daß ihr Tun auch den Tod des Kindes als weitergehenden Erfolg herbeiführen könne; vielmehr war, wie aus den getroffenen Feststellungen unzweideutig hervorgeht, für den Fall, daß das Kind lebte, dessen Tod das allein gewollte — und erreichte — Ziel ihres Handelns. Daher muß hier ebenso die andere in RGSt. 25, 322 erörterte Möglichkeit von Tateinheit zwischen Kindestötung und Aussetzung ausscheiden; daß nämlich die Angekl. etwa, obwohl sie das Kind töten wollte, doch für den Fall, daß es wider Erwarten am Leben blieb, sich seiner mindestens durch Aussetzung hätte entledigen wollen, indem sie es in hilflose Verlassenheit brachte oder es in solcher Lage sich selbst überließ, um sich dann wenigstens der Fürsorge für das Kind zu entziehen. Was das

---

Annahme des RG., daß auf seiten der Angekl. der „ausschließliche Vorsatz vorhanden gewesen sei, des Kindes Tod herbeizuführen". Nun wußte die Angekl. zwar, als sie den Abort aufsuchte, noch nicht, ob sie ein lebendes Kind zur Welt bringen würde, und sie hatte sich auch, als sie den Abort verließ, von dem Leben des Kindes nicht überzeugt. Diese Unsicherheit tat indessen dem Tötungsvorsatz keinen Abbruch; seine Ausführung war nur durch das Leben des Kindes „bedingt", wie das RG. im 3. Absatz von Ziff. 3 der Entscheidungsgründe zutreffend ausführt. Soweit der Senat später in dem hervorgehobenen Satze bei Feststellung des Dolus der Angekl. von dem „ausschließlichen Vorsatz, unbedingt des Kindes Tod herbeizuführen" spricht, hat das Wort „unbedingt" offenbar den Sinn von „unter allen Umständen", so daß ein Widerspruch insoweit nicht festzustellen ist. Wollte die Angekl. ihr — lebendes — Kind jedenfalls töten und hatte sie „ausschließlich" diesen Vorsatz, so war allerdings für die Annahme eines Aussetzungsdelikts kein Raum, auch nicht i. S. von § 221 Abs. 3 StGB. Ob der äußere Tatbestand der Aussetzung hier erfüllt war, mag dahingestellt bleiben (die angezogene Entsch. in RGSt. 38, 377 ist nicht unbedenklich); keinesfalls kann aber davon die Rede sein, daß der Aussetzungsvorsatz gegeben wäre. Wer einen Menschen töten will, will ihn nicht lediglich in eine hilflose Lage bringen und der Unsicherheit der Verkehrsverhältnisse preisgeben, die eine Gefahr für Leben oder Gesundheit bedeutet. Hatte die Angekl. überhaupt keinen auf eine bloße Aussetzung gerichteten Vorsatz, so mußte der Gesichtspunkt der Aussetzung völlig ausscheiden und der Beurteilung nur das Delikt der Kindestötung zugrunde gelegt werden.

Der Senat hat ein übriges getan und nochmals seine Entsch. vom Jahre 1894 in RGSt. 25, 321 nachgeprüft. Er hat mit Recht an ihr festgehalten. Ein Angekl. kann gleichzeitig zwei Vorsätze fassen. Er kann eine Person

1. in erster Linie aussetzen wollen, sich aber auch vorstellen, daß die ausgesetzte Person durch die Aussetzung zu Tode kommen könne, und auch diesen Erfolg von vornherein mit in seinen Willen aufnehmen. Dann trifft der Aussetzungswille mit dem eventuellen Tötungswillen zusammen. Der Angekl. kann aber auch

2. dem Tötungswillen den Vorzug geben und nur für den Fall, daß dieser hauptsächlich gewünschte Erfolg nicht eintrete, den Aussetzungsvorsatz haben. Auch hier liegt einheitlicher Zusammenschluß von Aussetzung und Tötung vor, nur daß umgekehrt wie bei 1 der Tötungswille voransteht und der Aussetzungswille nur den Charakter eines bedingten Vorsatzes hat.

Für den abgeurteilten Fall kommen die Erwägungen zu 1 und 2 nicht in Betracht, weil hier eine

3. Möglichkeit gegeben war: der Aussetzungswille war weder als primärer noch auch als eventueller vorhanden; vielmehr ging der Wille der Angekl. einzig und allein auf die Tötung. Der festgestellte Ausschluß des Aussetzungswillens stand der Annahme einer Tateinheit von Tötung und Aussetzung selbstverständlich entgegen. Das wäre selbst so, wenn die Angekl. etwa auf Vorhalt zugegeben hätte, sie habe freilich nicht gewußt, ob das Kind so gefallen sei, daß es der Grubeninhalt in der in Frage kommenden Zeit zur Erstickung führen mußte. Eine derartige Einsicht berührt nur die intellektuelle Seite des Vorsatzes. Geht der Wille des mit Tötungsvorsatz erfüllten Täters dahin, das Opfer unter allen Umständen zu töten, so wird dieser Vorsatz nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Handelnde nicht genau weiß, ob sein Opfer überhaupt noch zu der Zeit am Leben ist, wo die auf die Tötung hinzielende Tätigkeit einsetzt.

v. Bar (Gesetz und Schuld III, 542) bekämpft die vom RG. in RGSt. 25, 321 angenommene Möglichkeit einer Konkurrenz von Verletzungsvorsatz (Tötung) mit einem evtl. nur auf Gefährdung gerichteten Dolus (Aussetzung) mit der Begründung, daß die Gefährdung der Verletzung stets vorangehe. Es müsse deshalb jeder, der eine Verletzung wolle, zunächst auch die bloße Gefährdung wollen; er könne sie also nicht nur eventuell wollen. v. Bar übersieht dabei, daß sich der Vorsatz auf verschiedene Erfolge bezieht. Man kann wohl sagen, daß wer eine Verletzung will, zeitlich vorangehend zunächst immer eine Gefährdung wollen muß; die gewollte Gefährdung soll hier nach dem Willen des Handelnden in die gewollte Verletzung übergehen, die das Ziel seiner Willensrichtung bildet. Etwas ganz anderes ist es aber, wenn der Täter sich sagt, daß er dieses vorgesetzte Ziel vielleicht überhaupt nicht erreichen werde und er sich für diesen Fall mit dem minus bescheiden wolle, das in der bloßen Gefährdung liege. Dieses Gefährdungsziel verträgt sich sehr wohl mit dem Verletzungsziel, weil es als Erfolg nur dann gewollt ist, wenn der Verletzungserfolg nicht erreicht wird.

Die früher von Hälschner (Strafrecht 2, 81) und Binding (Handbuch 1, 358; Lehrbuch 1, 64) vertretene, nur im Ergebnis mit v. Bar übereinstimmende Ansicht, eine Vereinigung von Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz sei ausgeschlossen, weil das Verbot der Gefährdung gegenüber dem Verletzungsverbot stets subsidiär sei, wird heute nur noch von Allfeld, Lehrb., 8. Aufl. S. 353 VIII geteilt. Mit der in RGSt. 25, 321 vertretenen Möglichkeit der Idealkonkurrenz stimmen überein Frank, StGB., 17. Aufl. S. 452 IV; Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900, S. 83 (nachdem er S. 80 N. 1 — zu Unrecht — die Begründung der RGEntsch. bemängelt hat); v. Liszt, Lehrb., 25. Aufl. S. 485; Olshausen, Komm., 10. Aufl. II, 846 N. 13a; Mayer, Lehrb., S. 504 N. 9 („weil die im Verletzungsverbot ausgesprochenen Ideen keineswegs die im Gefährdungsverbot enthaltenen erschöpfen"); Schwartz, StGB., S. 489 Ziff. 6; Wilhelmi, Wirkliche und scheinbare Konkurrenz, 1912, S. 53, 54.

Das RG. wirft im obigen Urteil auch noch einen Seitenblick auf die Entsch. des 3. StS., 3 D 755/27 v. 26. Sept. 1927 und deutet einen Zweifel darüber an, ob diese (in DRZ. 1927 Spruchbeilage unter Nr. 949 abgedruckte) Entsch. mit dem Standpunkt des 2. StS. vereinbar sei. Dieser Zweifel ist begründet. Der 3. StS. führt aus, der unmittelbare Vorsatz der Körperverletzung sei mit dem bedingten

SchwG. der Angekl. als Aussetzung zur Last legt, war für sie vielmehr lediglich das Mittel zur Verwirklichung ihres unmittelbaren und ausschließlichen Vorsatzes, „das Leben des Kindes zu vernichten“ und unbedingt seinen Tod herbeizuführen. 4. Schon wegen des so gestalteten Vorsatzes der Angekl. muß ihre Verurteilung wegen Aussetzung (§ 221 Abs. 1—3 StGB.) wegfallen, so daß nicht erörtert zu werden braucht, ob das SchwG., ohne sich mit der RGSt. 38, 377 ff. vertretenen Auslegung des § 221 in Widerspruch zu setzen, wenigstens den äußeren Tatbestand der Aussetzung hier für verwirklicht halten durfte. Dagegen bestehen keine Bedenken, die Verurteilung der Angekl. wegen Kindstötung (§ 217 StGB.) im Schuldspruch aufrechtzuerhalten. Jedoch ist der Strafausspruch des angefochtenen Urt. aufzuheben und die Sache zu neuer Straffestsetzung an das SchwG. zurückzuverweisen, da nunmehr die Zubilligung mildernder Umstände in Frage kommen könnte (§ 217 Abs. 2 StGB.).

(2. Sen. v. 16. Jan. 1928; 2 D 1120/27.) [A.]

26. § 223 StGB. **Körperverletzung erfordert nicht Schmerzempfindung. Masochistische Neigungen der verletzten Person schließen deshalb eine Körperverletzung nicht aus. Speziell, wenn die Körperverletzung zu Unzuchtszwecken erfolgt, ist die Einwilligung des Verletzten bedeutungslos.** †)

Die StK. stellt tatsächlich fest, daß die von dem Angekl. allein und in zwei Fällen auch zusammen mit der früheren Mitangekl. F. vorgenommenen unmittelbaren Einwirkungen auf die nackten Körper der Mädchen, deren körperliche Unversehrtheit gestört und verletzt haben. Sie hat damit unmittelbare Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit anderer nachgewiesen. Solche Eingriffe können rechtlich das Merkmal der körperlichen Mißhandlung erfüllen (vgl. RGSt. 56, 64). Die StK. spricht zwar nicht ausdrücklich davon, daß das körperliche Wohlbefinden der Mädchen gestört wurde (vgl. RGSt. 29, 58; 32, 113). Sie geht aber ersichtlich von einer solchen Störung aus, wenn sie hervorhebt, es sei rechtlich unerheblich, ob die betroffenen Mädchen mehr oder weniger Schmerzen empfunden hätten. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden (RGSt. 19, 136 ff.; 29, 60; vgl. übrigens auch RMG. 6, 230, 235; 6, 243, 248; 10, 303). Es läßt sich auch nicht sagen, daß die StK. übersehen hätte, daß die Störungen oder Verletzungen nicht ganz unerheblich sein dürfen (RGSt. 29, 58 ff.; 32, 113, 115). Daß dies nicht der Fall ist, kann zur Genüge der Feststellung entnommen werden, daß die Störungen und Verletzungen einen Heilungsprozeß nötig machten. Schließlich ist auch die Meinung der StK., es komme auf die Dauer der Störung nicht an, nicht rechtsirrig (vgl. RGSt. 53, 210, 211). Es liegt auch kein Anhaltspunkt dafür vor, daß die StK. das Merkmal der Gesundheitsbeschädigung rechtlich verkannt hätte. Sie betont, daß die Störungen und Verletzungen bei den betroffenen Mädchen einen Heilungsprozeß nötig machten. Damit stellt sie der Sache nach fest, daß durch die Störungen und Verletzungen bei den Mädchen ein krankhafter Zustand erzeugt wurde. Denn Heilung setzt Erkrankung voraus. Im übrigen sind körperliche Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung

---

Tötungsvorsatz nicht vereinbar; denn „wenn der Täter den Willen habe, nicht zu töten, so könne er mit dem Tötungserfolg auch nicht bedingt einverstanden sein. Sei er aber damit bedingt einverstanden, so liege ein als solcher beachtlicher Vorsatz der bloßen Körperverletzung nicht vor“. M. E. liegt hier derselbe Trugschluß vor, der die Argumentierung v. Bars beeinflußte. Der hier erörterte Fall ist von den in RGSt. 25, 321 behandelten drei Fällen demjenigen zur Seite zu stellen, wo in erster Linie die Aussetzung, bedingt aber der Tod des Ausgesetzten gewollt war. Ebenso wie die Aussetzung, so kann sich die Körperverletzung zur Tötung auswachsen. Daß die Aussetzung ein Gefährdungs-, die Körperverletzung aber ein Verletzungsdelikt darstellt, macht nichts aus; denn es kommt nicht auf den abstrakten Vorsatz an, sondern auf den konkreten. Der konkrete Vorsatz ist gegenüber der Tötung bei der Aussetzung sowohl wie bei der Körperverletzung auf ein minus gerichtet; die vorgesetzten Erfolge vertragen sich daher miteinander. Logisch unmöglich ist es nur, daß sich der Vorsatz gleichzeitig unmittelbar und unbedingt auf zwei einander ausschließende Erfolge richtet. Wer das minus (nur dieses) will, kann nicht gleichzeitig das plus wollen. Umgekehrt muß, wer das plus will, zwar auch das auf seiner Bahn liegende minus wollen. Aber dieses minus kommt rechtlich nicht in Betracht, weil es nicht Gegenstand des Vorsatzes ist. Der Täter will sich hier gerade nicht mit dem minus begnügen; sein geistiges Auge ist auf das plus, auf den vollen Erfolg gerichtet und nur diesen, nichts anderes strebt er durch seine Willensbetätigung an. Logisch denkbar sind dagegen stets Erfolge, von denen der eine nur bedingt vom Handelnden ins Auge gefaßt und gewollt wird. Solche Erfolge vertragen sich stets schon um deswillen miteinander, weil ja der eine nur für den Fall gewollt wird, daß der andere unbedingt gewollte tatsächlich aus irgendwelchen Gründen nicht eintreten sollte. Unrichtig ist, wenn der 3. StS. den von ihm aufgestellten Grundsatz „Unvereinbar ist der Körperverletzungs- mit dem bedingten Tötungsvorsatz“ mit dem Satze zu begründen sucht: „Wenn der Täter den Willen hat, nicht zu töten, kann er mit dem Tötungserfolg auch nicht bedingt einverstanden sein.“ Der Grundsatz setzt keinen Täter voraus, der „nicht töten will“, sondern einen, der „bedingt töten will“. Dieser bedingte Tötungswille soll sich dem Vorsatz des Täters gemäß nur dann auswirken, wenn es entgegen dem ursprünglichen Plane infolge der Aktion des Täters nicht bei dem in erster Linie ausgelösten, primär vom Täter vorgesetzten und gewollten Erfolg der Körperverletzung verbleiben sollte.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Zu 26. Im vorl. Falle handelt es sich um Körperverletzungen auf teils masochistischer, teils sadistischer Grundlage, und das RG. nimmt hierzu, soviel ich sehe, zum ersten Male Stellung. Ob dabei der Begriff der Körperverletzung einwandfrei festgestellt ist, mag dahingestellt bleiben, da sich die Subsumtion jedenfalls mit der Praxis des RG. deckt. Im Mittelpunkt des Interesses steht aber die Frage, ob in den vorl. Fällen die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung durch die ausdrücklich oder stillschweigend gegebene Einwilligung der verletzten Mädchen ausgeschlossen worden ist. Das RG. verneint hier die die Rechtswidrigkeit aufhebende Wirkung der Einwilligung unter Berufung auf seine bisher festgehaltene Praxis und betont vor allem, daß gerade im vorl. Fall die Einwilligung nicht die Wirkung haben konnte, die Rechtswidrigkeit auszuschließen, da die Körperverletzungen nur zu Unzuchtszwecken erfolgt seien und etwaige Einwilligungen daher gegen die guten Sitten verstoßen hätten. Eine solche Einwilligung sei aber rechtlich wirkungslos, da eine Einwilligung nur dann strafrechtlich von Bedeutung sein könne, „wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringe“. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstoße, werde vom Recht nicht anerkannt.

Diese Argumentation erscheint bedenklich. Das RG. beschreitet hier beim Einwilligungsproblem zum erstenmal einen Weg, der bisher nur in der Literatur befürwortet, in der obergerichtl. Praxis aber m. W. noch nicht verwertet worden ist. Sowohl in RGSt. 41, 395, wie 60, 35 erklärt das RG., daß die „Ehre ebenso wie Leben und körperliche Unversehrtheit zu den sog. Rechtsgütern gehören, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechts ihres Trägers sind“, und daß daher auch „die Vorschriften des bürgerl. Rechts über die besonderen Gründe, aus denen im Einzelfall die Handlungsfähigkeit oder sonst die Willensfreiheit ausgeschlossen oder beeinträchtigt sein kann, und über die Rechtswirkungen, die einem solchen Ausschluß oder einer solchen Beeinträchtigung beizumessen sind, keine Anwendung finden“. Das gelte „insbes. auch von den Vorschriften über die sog. Willensmängel bei Willenserklärungen: Irrtum, Betrug, Zwang“ (RGSt. 41, 395 f.). In diesem Falle handelte es sich um die Vornahme onanistischer Handlungen an jungen Leuten im Alter von 16—17 Jahren, und das RG. erkennt in dieser Entsch. ausdrücklich an, daß an sich einer in einem onanistischen Akt liegenden tätlichen Beleidigung „durch Einwilligung des von ihr Betroffenen die Rechtswidrigkeit und damit die Eigenschaft einer Beleidigung genommen werden“ (RGSt. 41, 394; ebenso Urt. v. 19. Okt. 1903: GoltdArch. 51, 44). In diesem Falle meint das RG., daß die Einwilligung nur deshalb nicht auf einem strafrechtlich beachtlichen Willen beruhe, weil die onanistischen Manipulationen im Anschluß an Trinkgelage stattfanden, die jungen Leute „halb betrunken“ gewesen seien, daß eine versteckte Drohung sie gefügig gemacht habe usw. Ähnlich sagt das RG. in RGSt. 60, 35, daß die Ehre keine der privaten Verfügung unterliegendes Recht oder Rechtsverhältnis sei, sondern ein Rechtsgut, und daß es für die Annahme einer die Rechtswidrigkeit ausschließenden Einwilligung der Feststellung bedürfe, „ob überhaupt unter den obwaltenden Umständen für die Beteiligten eine Ehrverletzung in Frage gekommen ist oder kommen konnte“. Weiterhin wird in dieser Entsch. (RGSt. 60, 35) ausgeführt, daß das Einverständnis an der Ehrverletzung selbst nichts ändern könne, wenn eine solche gegeben sei, daß außerdem „aus einem wohlgefälligen Dulden oder selbst aus einer ausdrücklichen Einwilligung durchaus noch nicht ohne weiteres auf Umstände geschlossen werden“ könne, die „die Tat zur Verletzung der Ehre des betr. Jugendlichen ungeeignet machen könnten“. Das RG. meint hier, solchen jugendlichen Personen fehle es erfahrungsgemäß noch an dem vollen Verständnis für den Wert einer Wahrung ihrer Geschlechtsehre; die Bedeutung einer Preisgabe jener Ehre durch ihr Verhalten sei noch nicht in ihr Bewußtsein getreten, und deshalb seien sie auch vom Gesetz nicht als die in erster Linie

gleichwertige Begehungsformen der Körperverletzung. Ihre wahlweise Feststellung ist zulässig. Die Grenze zwischen beiden ist flüssig. Ein den Tatbestand erfassender, durchgreifender Rechtsirrtum könnte deshalb im allgemeinen nicht darin gefunden werden, daß im Einzelfalle die beiden Ausführungsarten nicht scharf auseinandergehalten werden, wenn nur darüber kein Zweifel möglich ist, daß mindestens eine von ihnen gegeben ist. Ob aber im einzelnen Falle die richtig verstandenen rechtlichen Voraussetzungen der körperlichen Mißhandlung oder der Gesundheitsbeschädigung vorliegen, ist Tatfrage. Es ist nicht zu ersehen, daß das LG. bei ihrer Beantwortung in den hier gegebenen sechs Fällen rechtlich geirrt hätte. Das gilt auch für die zu einer Gruppe zusammengefaßten Einzelhandlungen, bei denen der Angekl. der an die Türhaken oder an das Kreuz gebundenen D., später verheirateten K., die Haut ritzte, ohne daß ausdrücklich Blutaustritt infolge des Ritzens festgestellt ist. Denn rechtlich kann auch das Ritzen der Haut mit einem Messer körperliche Mißhandlung sein. In allen übrigen Fällen sind aber die körperlichen Einwirkungen nach den tatsächlichen Feststellungen der StK. stärker. Die hier nachgewiesenen, unangemessenen körperlichen Einwirkungen würden die Eigenschaft einer körperlichen Mißhandlung auch dann nicht verlieren, wenn sie lediglich zu dem Zwecke und mit dem Erfolge vorgenommen wären, die Geschlechtslust der Mädchen zu erregen und zu steigern. Dann lägen Fälle des sog. Masochismus, d. h. der geschlechtlichen Verirrung, vor, die bewußt durch Duldung von Schmerzen zur geschlechtlichen Befriedigung kommen will. Dieser Zweck ändert aber schon rein tatsächlich nichts an dem Wesen der den Schmerz erzeugenden körperlichen Ein-

berufenen Hüter dieser Ehre anerkannt (vgl. RGSt. 60, 36). Dieses Urteil geht mithin erheblich weiter als das RGSt. 42, 392 ff., beurteilt aber auch die Wirkung der Einwilligung nach den subjektiven Qualitäten des Einwilligenden. Alle diese Gesichtspunkte kommen im vorl. Falle natürlich nicht in Betracht. Da aber RGSt. 41, 395 ff. die körperliche Unversehrtheit in strafrechtlicher Beziehung im Hinblick auf das Einwilligungsproblem der Ehre gleichstellt, ist nicht einzusehen, warum hier eine andere Beurteilung Platz greifen soll.

In den beiden Entsch. RGSt. 2, 442 und 55, 189 handelt es sich um Fälle, in denen eine auf ausdrückliches Verlangen geplante Tötung (§ 216) nicht ausgeführt wurde, sondern nur zu einer Körperverletzung führte. Das RG. nimmt in beiden Fällen an, daß das Leben ein „unveräußerliches Gut" sei, daß „die Gesundheit zu den Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere, auf die also auch nicht verzichtet werden könnte". Das RG. lehnt es auch ab, eine Unterscheidung zwischen leichten und schweren Körperverletzungen hinsichtlich der Relevanz der Einwilligung zu machen, da der Unterschied nur ein relativer sei. Die Einwilligung komme außerdem unter den Gründen, die die Strafe ausschließen, nicht vor (RGSt. 2, 443); „es spricht sogar die Tatsache, daß diese Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt worden ist, dafür, daß ihr überall sonst eine Rechtswirksamkeit nicht beigelegt werden sollte". (Der letzte Satz ist insofern unrichtig, als Einwilligung in § 216 nicht genügt. Vgl. auch Dohna, Die Rechtswidrigkeit [1905] S. 143 ff.). Auch hier also kein Abhängigmachen der Relevanz der Einwilligung von ihrer Übereinstimmung mit den „guten Sitten".

Denselben Standpunkt hat auch RGSt. 6, 61 ff. eingenommen bei einer Körperverletzung anläßlich einer studentischen Schlägermensur. In welche Schwierigkeiten das RG. bei dieser generellen Ablehnung der Bedeutung der Einwilligung in Körperverletzungen kommt, zeigt sich am deutlichsten bei der Beurteilung ärztlicher Operationen; daher lehnt es das RG. in einem solchen Falle (RGSt. 25, 381) auch grundsätzlich ab, auf das sonst von ihm aufgestellte allgemeine Prinzip einzugehen (vgl. auch RGSt. 24, 369; 28, 213). Daß es Ausnahmen anerkennen will, geht aber daraus hervor, daß es in RGSt. 55, 189 meint, die Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung beseitige nicht schlechthin die Rechtswidrigkeit. Wo hier im einzelnen die Grenze liegt, hat das RG. bisher nicht bestimmt, scheint aber nunmehr im vorl. Falle ein allgemeines Prinzip über diese Grenzziehung zwischen strafrechtlich relevanter und irrelevanter Einwilligung aufstellen zu wollen, indem es die strafrechtlich beachtliche Wirkung der Einwilligung abhängig macht von ihrer Zurückführbarkeit auf einen vom Strafrecht anerkannten Willen und dem Willen die strafrechtliche Relevanz versagt, „dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt". Diese Übernahme eines aus dem Privatrecht entnommenen Begriffs (§§ 138, 826 BGB.) widerspricht an sich der in RGSt. 41, 395 f. niedergelegten Meinung, daß die Vorschriften des Privatrechts über die Beurteilung von Willensvorgängen auf die strafrechtliche Bedeutsamkeit keine Anwendung finden könnten, da Ehre, körperliche Integrität usw. nicht Gegenstand eines Rechts ihres Trägers seien. Die Konsequenz wäre, daß auch ein Begriff wie der der guten Sitten darauf nicht angewandt werden dürfte. Der Gedanke ist aber trotzdem nicht neu und seine Inkonsequenz nicht immer als solche empfunden worden. So findet er sich in einer in der 2. Lesung in den Kommissionsentwurf eingeschobenen Bestimmung des § 293 (KE. 1913): „Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt." Dieser Gesetzesvorschlag ist dann in die Entwürfe von 1925 und 1927 in die §§ 239 bzw. 264 übernommen worden: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem (trotz der Einwilligung) gegen die guten Sitten verstößt" (vgl. dazu Ebermayer, Der Entw. eines deutschen StGB., 1914, S. 65, und die Begr. zu den Entw. 25 u. 27). Der VE. und der E. 19 hatten es ausdrücklich abgelehnt, die Frage der Bedeutung der Einwilligung bei Körperverletzungen zu regeln (E. 19 Begr. S. 239; VE. Begr. S. 659), da es sich nicht empfehle, „für eine einzelne Gruppe strafbarer Handlungen eine Frage zu regeln, die auch bei anderen Tatbeständen eine Rolle spielt", die Frage außerdem durch die Bestimmungen über das Verhältnis der ärztlichen Tätigkeit zur Körperverletzung eine Sonderbestimmung hier den wesentlichsten Teil ihrer Bedeutung verloren habe. Die Begründung zu den neuesten Entwürfen (E. 25, 27) rechtfertigt die Aufnahme der besonderen Norm über die Einwilligung hauptsächlich mit dem Bedürfnis, Verletzungen bei sportlichen Betätigungen „in einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Weise strafrechtlich zu behandeln", und betont ausdrücklich, daß der Begriff der „guten Sitten", wie er bei der Einwilligung verwendet werde, dem bürgerlichen Recht entnommen sei. Zu beachten ist, daß in diesen Reformvorschlägen die Relevanz der Einwilligung lediglich für die Körperverletzung nach dem Maßstab der „guten Sitten" eingeschränkt wird, nicht dagegen schlechthin. Das RG. nimmt also bereits jetzt eine dem letzten Entwurf entsprechende Regelung in seine Rspr. auf und erweitert die Sonderbestimmung zu einem allgemeinen Prinzip bei der Beurteilung der Relevanz der Einwilligung.

Auch in der Literatur ist der Gedanke nicht neu. So findet er sich bei Ullmann: GerS. 37 (1885), S. 531, Kiehl: GoltdArch. 54, 374 ff. und bei Honig, Einwilligung des Verletzten, I, 1919, S. 99 u. 136 f., der auch der Meinung ist, daß eine Einwilligung auch dann die Rechtswidrigkeit nicht beseitigen könne, wenn „die Handlung, in die gewilligt wurde und im Prinzip rechtswirksam eingewilligt werden konnte, einen Inhalt hat, der dem sittlichen Bewußtsein widerspricht", und Honig will diesen Grundsatz, wie er im einzelnen ausführt, auf Körperverletzung und Freiheitsberaubung beschränkt wissen (S. 138), wobei er unterscheiden will, ob die Angriffsobjekte „Schutzobjekte oder in einer anderen Beziehung Zweckobjekte derjenigen Zivilrechtssätze sind, in denen jener Begriff ursprünglich zur Anwendung gelangt" (S. 99). Eine solche Beschränkung will das RG., wie schon gesagt, nicht anerkennen, stellt vielmehr eine allgemeine Rechtsregel auf. An sich kann natürlich auch eine trotz Einwilligung erfolgende Beleidigung oder die Einwilligung selbst gegen die guten Sitten verstoßen; doch meint Honig (S. 138 A. 73), daß kein Bedürfnis vorliege, eine solche Handlung als Beleidigung zu strafen. Zustimmend auch Radbruch bei Aschrott-Kohlrauch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 317 f., und Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 1905, S. 146 f., Recht und Irrtum, 1925, S. 15 f. Dohna hält den Satz: die Einwilligung des Verletzten schließt die Rechtswidrigkeit der Verletzung aus, soweit diese Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt, für tauglich, einem künftigen Gesetzgeber den Weg zu weisen. Er würde bei der Beurteilung von Körperverletzungen gestatten, dem sittlichen Anstand Rechnung zu tragen. Das Problem sei nicht, unter welchen Bedingungen die Verletzung eines Einwilligenden rechtswidrig sei, sondern unter welchen Bedingungen die Einwilligung in die eigene Verletzung, und Dohna meint, daß die Einwilligung dann die Kraft verliert, die zugefügte Verletzung zu rechtfertigen, wenn die Einwilligung selbst ein unrichtiges Verhalten bedeute. Es komme darauf an, „ob in dem jeweils vorliegenden Fall der Verzicht auf den Rechtsschutz und die Preisgabe des betreffenden Interesses im Hinblick auf das letzte Ziel der sozialen Gemeinschaft gerechtfertigt erscheint, ob sich darin ein objektiv begründetes Wollen kundgibt".

Der Auffassung Dohnas steht nahe Traeger, Die Einwilligung des Verletzten usw. (GerS. 94, 122 ff.). Traeger meint, daß für die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung in Körperverletzungen allein der mit der Einwilligung verfolgte Zweck entscheidend sein kann; sei dieser nicht als verwerflich anzusehen, dann sei die Einwilligung für wirksam zu erachten. Den Bedenken gegen die Einführung des Begriffs der guten Sitten begegnet Traeger mit dem Hinweis, daß dieser Begriff im Recht schon längst eingebürgert sei, so daß er Auslegungsschwierigkeiten in nicht höherem Maße mit sich bringen könne als andere strafrechtliche Begriffe. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstoße, komme alles auf die Umstände des einzelnen Falles an, zumal auf die Art der Verletzung, auf den ver-

wirkungen. Denn der Schmerz bleibt Schmerz, auch wenn er als Mittel zur schließlichen Erzielung geschlechtlicher Wollust dient. Rechtlich kommt dazu, daß der Schmerz bei der Körperverletzung i. S. des § 223 StGB. nicht empfunden zu werden braucht und damit das Gefühl des Betroffenen rechtlich für das Merkmal der Mißhandlung unerheblich ist (RGSt. 19, 136; 29, 60). Das muß jedenfalls für die Fälle gelten, in denen das Gefühl des Betroffenen für die regelmäßige Wirkung der körperlichen Eingriffe aufgehoben ist. Im übrigen könnte hier nach den tatsächlichen Feststellungen der StK. nur bei der G. ein solcher masochistischer Vorgang in Frage kommen, nicht aber bei den übrigen Mädchen. Daß der Angekl. sie in sadistischer Weise, also um durch Zufügung von Schmerzen sich selbst geschlechtlich zu erregen, ritzte, zwickte, schnitt und schlug, ist für ihr Empfinden gleichgültig. Unangemessene körperliche Einwirkungen fallen nur dann unter § 223 StGB., wenn sie rechtswidrig sind. Die Rev. meint, die Rechtswidrigkeit fehle hier infolge Einwilligung der betroffenen Mädchen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Rspr. des RG. hat bisher der Einwilligung auch eines Urteilsfähigen in eine Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit jedenfalls nicht schlechthin die Wirkung zugesprochen, daß sie die Rechtswidrigkeit aufhebt (vgl. vielmehr RGSt. 2, 442; 6, 61, 63; 55, 188, 189; auch RGSt. 41, 392, 395; 60, 34). Auf keinen Fall aber ist es rechtsirrig, wenn die StK. unter den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen zu der rechtlichen Folgerung kam, daß in keinem der sechs Fälle die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der körperlichen Eingriffe aufgehoben hat. Die StK. betont vielmehr durchaus richtig, daß hier die Körper-

---

folgten Zweck und darauf, ob der Zweck gerade diese Art der Verletzung rechtfertigt (ebenso neuerdings Lehmann, Art. „Einwilligung" im H. d. R., II, 212). Wenn der Zweck auch im übrigen für die Würdigung einer Handlung als einer strafbaren belanglos sei, so sei er doch in bezug auf die Frage nach dem Verstoß gegen die guten Sitten von Bedeutung. Der sittlich nicht verwerfliche Zweck bewirke, daß die dem Zweck entsprechende Körperverletzung, in die der Verletzte eingewilligt habe, nicht als eine den guten Sitten widerstreitende anzusehen sei, und damit entfalle das Interesse der Allgemeinheit, die Körperverletzung zu bestrafen. Diese Einführung des Zweckgedankens erscheint nicht unbedenklich, sie macht die Beurteilung der Relevanz der Einwilligung im einzelnen Fall noch unsicherer als es die Einführung des Begriffs der guten Sitten schon an sich tut, so daß von diesem Standpunkt aus Radbruchs Meinung (bei Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 318) entschieden den Vorzug verdient, der hervorhebt, es komme nach dem Grundgedanken von dem wegen Unsittlichkeit nichtigen Vertrag nicht auf die Sittenwidrigkeit der Tat an, sondern lediglich auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung oder des Gebrauchmachens davon.

Vorbereitet und am eifrigsten vertreten wurde die zivilistische Beurteilung der Einwilligung und damit auch die Einführung des Begriffs der „guten Sitten" ins Strafrecht durch einen Aufsatz Zitelmanns über den „Ausschluß der Rechtswidrigkeit" (ArchZivPrax. 99 (1906), 42 ff., 73 ff.). Zitelmann vertritt die Meinung, daß bei den nur auf Antrag zu verfolgenden leichten Körperverletzungen der zu Verletzende mit dem Täter ein zivilrechtlich gültiges rechtsgeschäftliches Abkommen treffen könne, das dem Täter die Körperverletzung gestatte und damit die Rechtswidrigkeit beseitige; daß dagegen bei den übrigen Arten der Körperverletzung ein derartiges die Einwilligung betreffendes Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße, deshalb ungültig und die Einwilligung nicht geeignet sei, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen (vgl. auch LpzKomm. zu § 223 Ziff. 9). Diese Abhängigmachung der Relevanz der Einwilligung von dem Bestehen des Antragserfordernisses ist entschieden abzulehnen. Schon M. E. Mayer hat mit Recht betont (Allg. Teil S. 291), daß man nicht daraus, daß manche Verletzungen nur auf Antrag des Verletzten verfolgbar sind, darauf schließen könne, die Wirksamkeit der Einwilligung könne nicht über das Antragsrecht hinausreichen, sei jenseits dieses Rechts unsittlich, da ja die Frage, ob man sich den Eingriff in ein Rechtsgut gefallen lassen wolle, etwas ganz anderes sei als die, ob man den widerwillig geduldeten Angriff der gerichtlichen Bestrafung ausliefern wolle. Und weiter lehnt M. E. Mayer auch zutreffend ab die von Zitelmann begründete, von Fischer und ursprünglich auch von Frank akzeptierte Ansicht, daß die Einwilligung in ihren strafrechtlichen Wirkungen nach den Grundsätzen des bürgerl. Rechts zu beurteilen sei. Vor allem aber betont auch M. E. Mayer (S. 293), daß die Erwägung, das Rechtsgeschäft verstoße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.), grundsätzlich untauglich sei, „die Widerrechtlichtkeit des strafrechtlich relevanten Erfolgs festzustellen". „Von der Tatsache, daß zwischen den Kontrahenten Rechte und Pflichten nicht entstanden sind, führt keine Brücke zu dem Ergebnis, daß der Staat einen Strafanspruch hat." (Vgl. dazu auch v. Bar, Gesetz und Schuld III, S. 54, A. 85.) Daß es sich bei der Einwilligung nicht um die Verfügung über ein dem Privatrecht unterfallendes Rechtsgut handelt, ist heute wohl herrschende Meinung. Um die Relevanz der Einwilligung festzustellen, ist lediglich zu prüfen, ob die Einwilligung gegebenenfalls die Voraussetzungen und den Zweck des strafrechtlichen Schutzes beseitigen kann. Überflüssig wird dieser jedenfalls dann, wenn bei vorl. Einwilligung ein durch das Strafrecht zu schützendes Rechtsgut nicht mehr vorhanden ist, und eine solche Beseitigung des strafrechtlichen Schutzobjekts ist naturgemäß nur dann möglich, wenn das geschützte Rechtsgut allein der einwilligenden Einzelperson zusteht. Daß die körperliche Integrität ein solches Rechtsgut ist, ist sicher, und hiervon ausgehend halten eine größere Reihe von Autoren auch die Einwilligung schlechthin in bezug auf die Körperverletzung für einen Unrechtsausschließungsgrund (vgl. die Aufzählung bei Traeger a. a. O. S. 119 f.; Honig a. a. O. S. 124 A. 19). Der die Widerrechtlichkeit ausschließende Charakter der Einwilligung entfällt natürlich dann, wenn die Vornahme der Verletzung in ihrer Betätigungsform überindividuelle Rechtsgüter verletzt (ärgerniserregende Vornahme; Verübung groben Unfugs; der frühere § 142 usw.). „Die Selbstverletzung überschreitet die Grenze des Erlaubten erst dann und nur dann, wenn sie zugleich in die Sphäre fremder rechtlich geschützter Interessen eingreift; die Verletzung des Einwilligenden wird aus diesem Grunde und außerdem, wenn sie bis zur Lebensvernichtung steigt, rechtswidrig" (M. E. Mayer a. a. O. S. 290. Vgl. auch die gründliche Untersuchung der ganzen Frage durch Gerland, Vergl. Darst. Allg. Teil II, 289 ff.).

Diese durch die öffentlich-rechtliche Natur des Strafrechts und seine Schutzfunktion von selbst gegebene Grenze durch eine andere aus dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsrecht entnommene ersetzen zu wollen, erscheint nicht nur methodisch, sondern auch im Ergebnis bedenklich (vgl. dazu auch v. Liszt-Schmidt, Lehrb., 25. Aufl., S. 204). Lucas (DStZ. 1914, 181) hat zwar gemeint, daß das Strafrecht auf eine höhere Stufe gehoben werde, wenn es gelinge, es umfänglicher mit dem Sittengesetz in Verbindung und Übereinstimmung zu bringen. Dieses Ziel ließe sich jedoch, selbst wenn es erreichbar wäre, nur durch eine Anpassung der Strafnormen an das „Sittengesetz" erreichen, nicht aber durch Aufnahme eines dehnbaren, einer recht schwankenden Auslegung zugänglichen Begriffs, der einem ganz andersartigen Rechtsgebiet entnommen ist. Dazu kommt ferner, daß die Sittenwidrigkeit nach der Formulierung des RG. beim Einwilligenden liegt, dessen Wille, weil gegen die guten Sitten verstoßend, vom Recht nicht anerkannt werde. Trotzdem soll aber dieser Verstoß gegen die guten Sitten dem Einwilligenden insofern zugute kommen, als gerade aus diesem Grunde das Strafrecht seine körperliche Integrität schützt. Der Verstoß gegen die guten Sitten wird mithin zugunsten des gegen sie Verstoßenden verwertet: das Strafrecht stellt sich in seinen Dienst.

Aus allen diesen Gründen haben sich neuerdings besonders Sauer (Grundlagen des Strafrechts, S. 336 A. 3) und Mezger (GerS. 89, 272 f., mit ausführlichen Literaturangaben) gegen die Bezugnahme auf die „guten Sitten" bei der Beurteilung der Einwilligung ausgesprochen. Sauer hält die Bezugnahme auf die „guten Sitten" allerdings nur für überflüssig, weil sie lediglich ein Ausdruck des einheitlichen materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs sei, und stellt das Prinzip auf, daß die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung seines Interesses die Rechtswidrigkeit der Handlung dann ausschließe, wenn das verletzte Privatinteresse seiner Art nach nicht zugleich eine überwiegende Bedeutung für das öffentliche Interesse beanspruche, da das Strafrecht letzten Endes Rechtsgüter der Gemeinschaft schützen wolle (vgl. auch Nathan, Über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. StrafrAbh. Heft 206 [1923] S. 32). Mezger begründet seine ablehnende Haltung damit, daß die Feststellung des Umfangs rechtswirksamer Einwilligung grundsätzlich nach objektiven, subjektiven Schwankungen entzogenen Gesichtspunkten erfolgen müsse. Das ist entschieden auch das ausschlaggebende Kriterium. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des sog. Verletzten beruht, wie Metzger ausführt, auf dem „Prinzip des mangelnden Interesses". Ob der Verletzte durch seine Einwilligung das Unrecht beseitigen kann, hänge davon ab, ob sein Interesse allein durch das Verbot geschützt sein soll, oder ob daneben noch andere Interessen als Schutzobjekte von maßgebender Bedeutung sind. Im Gebiet der Körperverletzung müsse daher die Einwilligung nur dort als unwirksam angesehen werden, wo durch die Tat der Verletzte in erheblicher Weise in der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben beeinträchtigt werde. In anderen Fällen fehle das Interesse der Allgemeinheit an der Verneinung des Rechtfertigungsgrundes (vgl. auch Gerland a. a. O. S. 524 f. und Handwörterbuch d. Rechtswiss. II, 215 ff.).

Auf demselben Standpunkt vor allem im Hinblick auf Körperverletzungen mit Einwilligung in der sexuellen Sphäre steht der vom Kartell zur Reform des Sexualstrafrechts veröffentlichte Gegenentwurf zum Amtl. Entw. 1925/27 „Sittlichkeit und Strafrecht" (1927) S. 26 ff. Hier wird besonders betont, daß ein Eingriff in die Willens-, in die Interessensphäre des physisch Verletzten nicht vorliege, wo die Verletzung aus sexuellem Beweggrund im Einver-

verletzungen nur zu Unzuchtszwecken erfolgten, etwaige Einwilligungen in sie deshalb gegen die guten Sitten verstießen und rechtlich wirkungslos seien. Denn eine Einwilligung kann strafrechtlich nur dann von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Rechte nicht anerkannt. Es braucht deshalb nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob denn tatsächlich in allen Fällen eine Einwilligung erteilt war. Die Annahme des LG., daß in allen Fällen die Körperverletzung mittels eines Messers oder eines sonstigen gefährlichen Werkzeuges verübt sei, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der äußere Tatbestand der §§ 223, 223a StGB. erscheint somit genügend nachgewiesen. Das gleiche gilt auch für die innere Tatseite. Der Angekl. hat gewußt, daß die Einwilligung hier die Strafbarkeit der Körperverletzungen nicht aufhebt; er wollte die Körper der Mädchen verletzen und war sich auch der Zufügung der Verletzungen bewußt. Ebenso hat er gewußt, daß er sich des Messers, der Hundepeitsche, der Stahlrute und der Vorhangklammer bedient.

(1. Sen. v. 3. Jan. 1928; 1 D 865/27.) [A.]

27. § 224 StGB. Der Goldfinger der rechten Hand ist kein wichtiges Glied.

Die Strafkammer ist zwar von der richtigen Erwägung ausgegangen, daß die Wichtigkeit eines Gliedes „nicht durch individuelle Rücksichten, sondern durch die objektive Bedeutung des Gliedes für den Gesamtorganismus, durch das Verhältnis seines Wertes zum ganzen Körper" bestimmt werde, „insbesondere durch das größere oder geringere Maß von Beeinträchtigung aller Einzelorgane durch den Verlust dieses Gliedes". RG. Rspr. 5, 403; GA. 47, 168; GA. 52, 91. Diese Beeinträchtigung hält sie für erheblich, weil das sichere und feste Zugreifen der rechten Hand, der eigentlichen Gebrauchs- und Arbeitshand des Menschen, durch den Verlust des vierten Fingers unmöglich werde und weil die Hand insbes. Arbeitsgeräte und schwere Gegenstände nicht mehr mit der erforderlichen Festigkeit und Zielsicherheit fassen könne. Die Bedeutung des rechten Goldfingers nähere sich der Wichtigkeit des Daumens, der das Gegengewicht gegenüber den anderen Fingern der Hand bilde.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Mit dem BG. ist davon auszugehen, daß es nach § 224 StGB. insoweit nicht auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten, sondern darauf ankommt, welche Wichtigkeit das verlorene Glied allgemein, d. h. für den Menschen überhaupt hat. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht bedingt durch die Gestaltung des jeweiligen Beweisergebnisses, wie es auf Grund der Hauptverhandlung im einzelnen Falle festzustellen und unter Ausschluß einer Nachprüfung durch das RevG. dem Tatrichter vorbehalten ist (§§ 261, 337 StPO.); wie beim Verlust des Sehvermögens (RGSt. 58, 173) handelt es sich vielmehr auch hier lediglich um die in Auslegung des § 224 StGB. auf Grund gemeinkundiger Lebensverhältnisse zu entscheiden und daher von etwaigen tatrichterlichen Feststellungen unabhängige Rechtsfrage, ob dem Goldfinger allgemein die Bedeutung eines wichtigen Gliedes des menschlichen Körpers zuzuerkennen ist.

In dieser Hinsicht ist zwar zuzugeben, daß jeder Verlust eines Fingers die allgemeine Gebrauchsfähigkeit der davon betroffenen Hand herabmindert und dadurch in gewissem Maße auch den „Körper" insgesamt in Mitleidenschaft zieht. Es geht aber zu weit, wenn das BG. annimmt, durch den Verlust des Goldfingers werde das sichere und feste Zugreifen mit der davon betroffenen Hand unmöglich und der Goldfinger „nähere sich" der — vom RG. 6 (vgl. GA. 53, 74) wiederholt anerkannten — Wichtigkeit des Daumens. Der Goldfinger kann sogar, worauf auch seine geringere selbständige Beweglichkeit hinweist, von dem Menschen noch leichter entbehrt werden als der Zeigefinger oder selbst der Mittelfinger. Geht einer Hand der Goldfinger verloren, so werden dessen Verrichtungen im wesentlichen von den übrigen Fingern mit übernommen, deren Kraft und Geschicklichkeit durch Übung und größere Inanspruchnahme zuzunehmen pflegt. Mit dem Verlust des Goldfingers ist daher keine so erhebliche Beeinträchtigung der für jedermann in Betracht kommenden menschlichen Lebensbetätigungen verbunden, daß darin i. S. § 224 StGB. der Verlust eines wichtigen Gliedes des Körpers zu erblicken wäre.

(U. v. 10. Nov. 1927; 2 D 779/27.)

28. § 224 StGB. Verletzung des Unterkiefers als „Entstellung".

Der Unterkiefer gehört zu den Teilen des Gesichts, welche für gewöhnlich dessen Form und Gesamteindruck wesentlich beeinflussen. Im allgemeinen fällt seine Mißbildung, sobald sie von beträchtlicherer Art ist, selbst bei nur flüchtiger Betrachtung des Gesichts, jedermann alsbald in die Augen. Sie

---

ständnis mit dem Verletzten erfolge. Der sadistisch-masochistische Komplex sei es, an den der Verf. des Amtl. Entw. bei § 239 zweifellos in erster Linie gedacht habe. Auch hier wird hervorgehoben, daß die „guten Sitten" ein vager und vieldeutiger Begriff sei. Aber selbst wenn er es nicht wäre, müßte die Auffassung, daß das Strafrecht zur Überwachung sittlichen Verhaltens berufen sei, zurückgewiesen werden. Das Interesse an der Integrität des eigenen Körpers, das der Masochist aus geschlechtlichem Motiv aufgibt, kann der Staat nicht wider dessen Willen schützen wollen, sofern durch die Handlung nicht in die strafrechtlich geschützte Sphäre anderer eingegriffen werde. Es genüge, wenn der Staat auf die Sadisten strafrechtlich reagiere, deren Trieb sich auf Menschen stürzt, denen ein korrespondierender Trieb fehlt, und hier sei allerdings äußerste Strenge am Platz. Was ein Sadist dagegen mit einem Masochisten vornehme, dessen Einwilligung vorausgesetzt und ebenso das Fehlen öffentlichen Ärgernisses, müsse straffrei bleiben, weil jeder Strafgrund fehle. Andernfalls müßten selbstverständlich auch Formen des ehelichen Geschlechtsverkehrs unter die Strafdrohung fallen, bei denen mit Zustimmung beider Teile der obige Tatbestand einer Körperverletzung gegeben ist.

Im vorl. Urteil ist die Frage der Teilnahme der Verletzten an der Körperverletzung des Angekl. nicht geprüft, eine Frage, die bei Verneinung der Relevanz der Einwilligung nicht unwesentlich erscheint. Hierzu ist zu sagen, daß eine strafbare Teilnahme der Verletzten nicht vorliegt, und daß nur eine Überspannung des Grundsatzes der Akzessorietät der Teilnahme zur Bejahung der Strafbarkeit des einwilligenden Verletzten führen könnte. Selbst angenommen, die Initiative zur Verletzung sei von dem Verletzten (einem Masochisten) ausgegangen, so würde es doch für ihn als Teilnehmer an einem Tatbestandsmerkmal (fremder Körper) fehlen. Das wird um so deutlicher, als eine Bestrafung der Relevanz der Mittäterschaft begrifflich ausgeschlossen erscheint. Schon v. Kries hat betont, daß die vom Gesetz gewollte Straflosigkeit der Selbstverletzung nicht dadurch vereitelt werden dürfe, daß man den Täter als Teilnehmer an dem Delikt eines anderen bestrafe (ZStW. 7, 534; vgl. dazu auch Freudenthal, Notwendige Teilnahme, S. 85 ff.). Man könnte dem allerdings entgegenhalten (vgl. v. Bar, Gesetz u. Schuld II, 723), daß, wenn das Gesetz jemandem die Freiheit gewährt, gewisse Handlungen zu begehen, damit noch nicht der Gebrauch eines jeden Mittels, hier einer anderen Person, zur Begehung der Handlung erlaubt sei. Dagegen wäre aber zu erwidern, daß, wenn dieser Einwand zutreffend sein sollte, eine nähere Begrenzung der erlaubten Mittel ausfindig gemacht werden müßte, und man könnte sich eine solche Begrenzung nur dahingehend denken, daß der Gebrauch bestimmter Mittel zur Selbstverletzung wiederum eine selbständige strafbare Handlung darstellte. Tatsächlich ist es aber so, daß, wenn das Gesetz eine Handlung ausdrücklich oder stillschweigend für straflos erklärt, dadurch, daß sie unter den strafbaren Handlungen nicht erscheint, das Gesetz dem Täter die Freiheit läßt, sich beliebiger Kräfte zu bedienen, soweit ihre Benutzung nicht ausdrücklich verboten ist, und ebenso beliebige andere Personen als Mittel zur Erreichung des erstrebten Zieles zu benutzen, d. h. als mittelbare Täter (vgl. dazu bes. v. Bar a. a. O. II, 725). Ist aber die Heranziehung anderer Personen als mittelbare Täter nicht strafbar, so ist es erst recht nicht ihre Verleitung zur Unterstützung der Selbstverletzung. Denn in diesem Falle kann der Täter stets mit einer Gesinnung rechnen, die der erstrebten Verletzung konform ist. Man könnte dagegen wiederum einwenden, daß der, der die Hilfe einer Person benutzt, die den wahren Charakter der erstrebten Verletzung kennt, insofern schuldhaft handele, als er den Gehilfen zu einer für diesen strafbaren Handlung verleitet. Aber das wäre, wie auch v. Bar (a. a. O.) richtig hervorhebt, eine rein moralische Erwägung und nach geltendem Recht keine strafbegründende Handlung. Müßte doch anderenfalls der Anstifter strenger bestraft werden als der mittelbare Täter! „Es liegt in der Natur der Sache, da jemand zu einer Handlung, die ihm erlaubt ist, die Unterstützung anderer sucht, und ihm erscheint die Handlung des anderen, die er begehrt, überwiegend unter seinem Gesichtspunkte, d. h. als Unterstützung einer erlaubten Handlung." In dem Gehilfen dagegen macht sich das Gegenmotiv gegen die Handlung in ganz anderer Weise geltend als in dem Hilfesuchenden.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

beeinträchtigt daher in der Regel die Gesamterscheinung der Person, bei der sie vorliegt, und muß, sofern sie den Anblick, den das Gesicht normalerweise darbietet, auffällig zu seinem Nachteil verändert, als eine „Entstellung“ i. S. von § 224 StGB. angesehen werden. Eine erhebliche seitliche Verschiebung des Unterkiefers **kann** ohne Zweifel eine solche Wirkung ausüben, **ob** sie es tut, hängt immer von den jeweiligen Umständen ab, da hierfür die sonstige Gesichtsbildung und auch der geistige Ausdruck des betreffenden Gesichtes wesentlich mitspricht. Insoweit liegt daher die Beantwortung der Frage, ob die eingetretene Veränderung als eine „Entstellung“ zu betrachten ist, auf tatsächlichem Gebiete; dasselbe gilt auch von der Frage, ob die gegebene Entstellung „erheblich“ ist (RGSt. 3, 391). Im vorliegenden Falle hat das BG. in Übereinstimmung mit dem Schöffengericht eine erhebliche Entstellung des K. durch die eingetretene starke seitliche Verschiebung des Unterkiefers, die das Gesicht „verunstaltet“ habe, angenommen. Daß es dabei von rechtsirrigen Erwägungen ausgegangen ist, tritt nirgends zutage.

(2. Sen. v. 19. März 1928; 2 D 91/28.) [A.]

****29.** §§ 239, 223a StGB. **Freiheitsberaubung, begangen dadurch, daß der Angekl. seine kranke Schwester, anstatt sie in eine Anstalt zu bringen, einsperrte. Grausamkeit i. S. des § 223a erfordert weder, daß die Tat einer unbarmherzigen Gesinnung entsprungen ist, noch daß sie von der betroffenen Person als grausam empfunden wurde.†)**

Die Begründung, mit der die StK. zur Annahme eines Vergehens der Freiheitsberaubung gekommen ist, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Nach den getroffenen Feststellungen ist die Krankheit der Schwester des Angekl. nicht derart, daß diese ständig eingesperrt gehalten werden müßte; ihre Einsperrung nahm auch der Angekl. nur deshalb vor, weil er sonst eine Aufsicht über die Kranke hätte ausüben oder ausüben lassen müssen. Hätte er eine Person zur ständigen Beaufsichtigung der Kranken gehabt, so brauchte diese nicht, wie geschehen, eingesperrt zu werden; wenn er aber eine Person zur Beaufsichtigung nicht hatte und nicht halten konnte oder wollte, so bot sich ihm die im angefochtenen Urteil angegebene Möglichkeit, die Einsperrung zu vermeiden. Wenn also auch der Geisteszustand der Kranken zeitweilig eine Einsperrung notwendig machen mag, so war sie doch nicht **in dem Umfange und in der Zeitdauer** notwendig und berechtigt, wie sie der Angekl. vorgenommen hat. Soweit die Einsperrung dadurch notwendig geworden sein mochte, daß der Angekl. die Kranke nicht in eine Anstalt verbrachte, sondern unter den bestehenden Verhältnissen in seinem Anwesen behielt, ist sie nach dem Ausgeführten ohne Rechtsirrtum als unberechtigte Freiheitsberaubung angesehen worden. Die Berufung der Rev. auf § 54 StGB. geht deshalb fehl, weil eine Gefahr für die Kranke durch ihre Verbringung in eine Pflegeanstalt vermieden worden wäre. Daß aber der Angekl. sich der Unrechtmäßigkeit der Einsperrung — in der Art und Dauer, wie sie geschehen ist — auch bewußt gewesen sei, ist in dem angefochtenen Urteil ausdrücklich festgestellt. Einen Rechtsirrtum läßt die darin liegende tatrichterliche Würdigung der Sachlage nicht erkennen.

Zugleich hat die StK. das Vorliegen eines Vergehens der gefährlichen Körperverletzung aus dem Gesichtspunkt angenommen, daß der Angekl. die Kranke grausam behandelt habe. Tätlichkeiten sind nicht dargetan worden. Die Körperverletzung wird vielmehr darin gefunden, daß der Angekl. die Kranke in dem „dunkeln, stinkenden, nicht heizbaren Raume“ mindestens ein Jahr lang verwahrt hat.

Über den Begriff der Grausamkeit, der im § 223a Abs. 2 StGB. aufgestellt ist, hat das RG. schon wiederholt Gelegenheit gehabt, sich zu äußern, so in RGSt. 49, 391 und in dem Urt. des erk. Sen. v. 24. März 1919, 1 D 25/19. In vielen Fällen wird eine unter den § 223a Abs. 2 fallende Behandlung derart sein, daß sie auch unter den Begriff des „Marterns“ i. S. des § 251 StGB. fällt. Erfordert wird aber nicht, daß die Zufügung körperlichen Schmerzes oder Mißbehagens das **Ziel** der Handlung des Täters sei. Es genügt, daß die Behandlung selbst nach ihrer Art als grausam empfunden wird, und es ist weiter nur erforderlich, daß dem Täter die Äußerungen seiner Tat, vermöge deren sie sich als grausam darstellt, bekannt sind und daß sein Handeln aus einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung entsprungen ist. Nicht erfordert wird weiter, daß es sich um die Zufügung besonderer und starker Schmerzen handle; die Grausamkeit der Behandlung kann vielmehr auch in der langen Dauer oder in der Wiederholung der Mißhandlung liegen.

Bei dieser Auslegung des Begriffes der Grausamkeit ist die tatrichterliche Beurteilung des Falles durch die StK. rechtlich nicht zu beanstanden. Insbes. konnte ein den Tatbestand des Vergehens begründender Umstand darin gefunden werden, daß die Kranke in dem schon ohnehin menschenunwürdigen Raume dauernd auch im Winter verwahrt worden ist, obwohl der Raum nicht geheizt werden kann. Mit Recht hat ferner die StK. den Tatbestand der angewandten Gesetzesbestimmung nicht deshalb verneint, weil die Kranke in ihrem Gefühlsleben allerdings ersichtlich stark abgestumpft war. Denn dieser Umstand schließt nicht aus, die Behandlung als eine grausame anzusehen. Sie kann eine grausame auch dann sein, wenn sie zwar nicht von der betroffenen Person selbst, wegen deren besonderer körperlichen oder seelischen Beschaffenheit, als grausam empfunden wird, wohl aber von anderen Personen, die die Behandlung wahrnehmen und deren Gefühlsleben natürlich und gesund ist. Daß aber der Angekl. sich der so gekennzeichneten Eigenschaft seines Tuns nach der Überzeugung der StK. bewußt gewesen ist, ist den Ausführungen des angefochtenen Urteils zu entnehmen.

Kein Bedenken besteht auch gegen die Begründung des angefochtenen Urteils zum Strafmaß. Nicht die Gefühlsroheit überhaupt — die allerdings schon zum Tatbestande des Vergehens gehört — wird als straferschwerend hervorgehoben, sondern ihr überaus hohes Maß, und daß sich die Handlung des Angekl. gegen seine leibliche Schwester gerichtet hat.

(1. Sen. v. 11. Mai 1928; 1 D 324/28.) [A.]

****30.** §§ 246, 266 StGB. **Untreue und Unterschlagung des Kommissionärs bei Eigentumsvorbehalt an der Ware und Vereinbarung „sofortiger Ablieferung des Erlöses.†)**

(3. Sen. v. 13. Febr. 1928; 3 D 852/27.) [D.]

Abgedr. JW. 1928, 1596[41].

Zu 29. Die Entsch. ist sehr lehrreich. Ich halte sie für richtig und wertvoll. — Geisteskranke müssen oft in ihrer Freiheit beschränkt werden; das ist der Tatbestand der Freiheitsberaubung, aber es ist doch kein „Berauben“, da es nicht sozial verkehrt ist, sondern anerkannten Zwecken dient. Aber nur soweit es auch sachgemäß geschieht. Hier gelten die gleichen Regeln wie bei der Frage des ärztlichen Handelns. Der Angekl. hat unsachgemäß gehandelt, ohne dazu durch die Not gezwungen zu sein; dann hat er eine Freiheitsberaubung vorgenommen. Ob er es gutgläubig getan hat, ist eine andere Frage. Jede Freiheitsberaubung ist typisch unrecht; die Ausnahme wäre zu beweisen. Daß dem Angekl. das Bewußtsein des Unrechts nicht fehlte, darf angenommen werden.

Auch die Frage der Grausamkeit halte ich für richtig entschieden. Wertvoll ist, daß das RG. eine bisher geltende zu enge Auffassung verwirft: besondere Leiden und Schmerzen der betroffenen Person sind nicht unbedingt festzustellen; die lange Dauer genügt. Ob damit das Abschließende über den Begriff gesagt ist, will ich nicht sagen; aber es ist einer erweiterten Auslegung die Bahn freigelegt. Und richtig scheint mir auch die Erklärung, daß auch die Auffassung der Allgemeinheit zu beachten ist; besser würde wohl sein zu sagen, daß der objektive Erfolg maßgebend ist, nicht nur der subjektive der Schmerzen. Aber mit Recht wird hier eine leider nicht selten zu treffende Art der Behandlung Kranker strafrechtlich gefaßt.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Zu 30. A. In den in der Praxis häufigen Fällen strafbarer Handlungen des Kommissionärs zum Nachteil des Kommittenten ist bei der Verkaufskommission zu unterscheiden, ob sich der Täter

a) an der ihm zum kommissionsweisen Vertrieb übergebenen Ware,

b) an dem erzielten Erlöse, oder

c) an der durch den Verkauf gegen den Käufer begründeten Forderung vergreift.

Im Falle zu a bleibt der Kommittent bis zur Ablieferung der Ware an den Erwerber Eigentümer, da der Verkaufskommissionär, abgesehen von dem Falle des Selbsteintritts (§ 400 HGB.), niemals Eigentümer des Kommissionsgutes wird. Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts war deshalb vorliegend überflüssig, und sie ist für die

rechtliche Beurteilung bedeutungslos. Wenn der Kommissionär die Kommissionsware rechtswidrig nicht für Rechnung seines Auftraggebers, sondern für eigene Rechnung, mit der Absicht, den Erlös für sich zu behalten, verkauft, so begeht er eine Unterschlagung und — in Tateinheit hiermit — eine Untreue an der Ware.

Im Falle zu b ist die rechtliche Beurteilung davon abhängig, ob zwischen dem Kommissionär und seinem Auftraggeber über den Verbleib des vereinnahmten Geldes eine Abrede getroffen worden ist. Mangels einer besonderen Vereinbarung erwirbt der Kommissionär das Eigentum an dem Gelde zunächst für sich, und er ist zur Herausgabe des empfangenen Geldes an den Kommittenten lediglich obligatorisch verpflichtet (§ 384 Abs. 2 HGB.). Dagegen wird in Fällen der vorliegenden Art, in denen die Parteien den sofortigen Übergang des Erlöses auf den Auftraggeber vereinbart haben, der Kommittent mittels des in der Rechtsprechung anerkannten antezipierenden Konstituts (außer den im Urt. zit. Entsch. vgl. RG. 56, 52; 100, 192; ferner LpzKomm. Anm. 17 zu § 266) in dem Augenblick Eigentümer des Geldes, in dem es der Kommissionär von dem Kunden ausgezahlt erhält.

Daß der Kommissionsvertrag sich als ein die Besitzvermittlung i. S. des § 868 BGB. begründendes Rechtsverhältnis darstellt, hebt das Urt. zutreffend hervor (vgl. auch Staudinger, BGB. Anm. III, 2 zu § 868).

Unerheblich ist es, daß der zahlende Kunde das Eigentum an dem Gelde dem — ihm als Stellvertreter des Kommittenten nicht erkennbaren — Kommissionär zu übertragen glaubte. Bei den Kaufgeschäften des täglichen Lebens ist es nämlich dem Käufer einer Ware im allgemeinen gleichgültig, für wen der Verkäufer den Erlös erwirbt, und nur in Ausnahmefällen, in denen der Kunde aus besonderen Gründen ein Interesse daran hat, daß gerade sein Verhandlungsgegner Eigentümer des Kaufpreises werden soll, kann eine andere Beurteilung Platz greifen (RG. 100, 192). Im allgemeinen will der Leistende bei derartigen Zug um Zug erfüllenden Verträgen das Eigentum an den „Berechtigten" übertragen (vgl. RG.: JW. 1928, 66[15] und Anm. Wegner).

Auf die gesonderte Aufbewahrung des Geldes, die dem Kommissionär bei einer derartigen Abrede zivilrechtlich zwecks Begründung des Alleineigentums seines Auftraggebers (GoltdArch. 62, 137) obliegt, kommt es strafrechtlich nicht an. Wenn der Kommissionär den Erlös mit eigenem Gelde untrennbar vermischt, so entsteht Miteigentum des Kommittenten (§ 947 BGB.), dessen Verletzung durch den Kommissionär als Untreue und Unterschlagung — nicht aber als Diebstahl, wie RG.: JW. 1927, 1105[21] irrtümlich annimmt (vgl. die Anm. von Köhler a. a. O.) — anzusehen ist.

Ob der Fall a oder b vorliegt, läßt sich in concreto häufig nicht mit Sicherheit entscheiden, weil die Beantwortung dieser Frage von der nur schwer feststellbaren Willensrichtung des Täters abhängt. Je nachdem, ob der Angekl. schon bei oder erst nach der Veräußerung des Kommissionsgutes die Absicht hat, den Erlös für sich zu verbrauchen, liegt Unterschlagung und Untreue an der Ware oder an dem vereinnahmten Gelde vor.

Ob der Angekl. mit den Kommittenten auch die vorherige Abtretung der zu erwerbenden Kaufpreisforderungen vereinbart hat, läßt das Urt. nicht erkennen. Sollte dies zutreffen, so wäre eine Untreue hinsichtlich der Forderungen anzunehmen, wenn der Angekl. schon bei ihrer Einziehung die Verwertung des Geldes zu seinem eigenen Nutzen beabsichtigt hätte (JW. 1926, 1574[1]). Der dieser Handlung nachfolgende tatsächliche Verbrauch des Geldes würde nicht eine selbständige Unterschlagung, sondern nur eine unselbständige, straflose Verwertungshandlung sein (RGSt. 42, 420; a. M. Köhler: JW. 1927, 1105).

Sofern der Kommissionär dagegen erst nach der Zahlung seitens des Kunden den Entschluß zum Selbstverbrauch des Geldes gefaßt haben sollte, wäre wiederum der Tatbestand der Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung hinsichtlich des Geldes erfüllt.

Die Auffassung des Urt., daß die Vorschrift des § 95 Ziff. 2 BörsG. zu dem Vergehen gegen § 266 Abs. 2 StGB. im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz steht, und daß die Kommissionsuntreue des BörsG. als lex specialis die Anwendbarkeit der Bestimmung über die qualifizierte Untreue nach § 266 Abs. 2 StGB. ausschließt, ist unbestritten (vgl. Olshausen, StGB., 11. Aufl. Anm. 16b zu § 266). § 95 BörsG. ist aber allein im Verhältnis zum Abs. 2 des § 266 StGB. das Spezialgesetz, und die Anwendung des Abs. 1 des § 266 StGB. ist im Falle der einfachen, d. h. nicht gewinnsüchtigen Untreue des Kommissionärs nicht ausgeschlossen (LpzKomm. Anm. 22 zu § 266, Binding, Lehrb. I, 401).

Was den inneren Tatbestand anbetrifft, so begegnen die Ausführungen des Urt., daß die Erstattungsabsicht des Angekl. die Strafbarkeit nicht ausschließe, keinen Bedenken. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 246 StGB.) und der Vorsatz der Schädigung (§ 266 Ziff. 2 StGB., § 95 Ziff. 2 BörsG.) wären nur dann zu verneinen, wenn der Täter ein Einverständnis des Kommittenten mit der Zueignung der Ware oder des Geldes annehmen durfte. Diese Voraussetzung ist aber wohl nur sehr selten gegeben, und hiervon kann jedenfalls keine Rede in vorliegendem Falle sein, in dem sich der Kommittent gegen untreues Verhalten des Kommissionärs in weitgehendem Maße sichern wollte.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

B. Das Urt. zeigt, daß die juristische Praxis bei der Frage, ob und wie der ungetreue Kommissionär zu bestrafen ist, mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen hat. Diese Schwierigkeiten haben ihren Grund darin, daß das Kommissionsverhältnis Eigentumsrechte und obligatorische Verpflichtungen in eigenartiger Weise miteinander verknüpft, daß aber das StGB. ohne weiteres nur die Entziehung fremden Eigentums bestraft (s. §§ 242, 246, 266[2] StGB.), dagegen den Verstoß gegen obligatorische Verpflichtungen nur unter besonderen Voraussetzungen (s. §§ 263, 266[1] u. [3] StGB.) Infolgedessen ist die Bestrafung des ungetreuen Kommissionärs regelmäßig nur dann möglich, wenn ihm nachzuweisen ist, daß er sich bewußt Vermögensstücke des Kommittenten angeeignet oder zu dessen Nachteil darüber verfügt hat.

Das RG. bejaht die Möglichkeit der Bestrafung wegen Unterschlagung und Untreue. Es gelangt dazu, indem es in der Vereinbarung, der Erlös aus der Ware solle „sofort" auf die Kommittentin übergehen, die dingliche Einigung und ein antizipiertes Besitzkonstitut erblickt; das nach § 930 BGB. erforderliche besondere Rechtsverhältnis sieht es in „der Treupflicht des Kommissionärs zur Verwahrung der empfangenen Gelder". Auf diese Weise konstruiert das RG. das Eigentum der Kommittentin am Erlöse und nimmt an, daß dieses Eigentum bereits mit der Empfangnahme des Erlöses durch den Kommissionär entstehe.

Dieser vom RG. eingeschlagene Weg ist m. E. nicht gangbar. Er dürfte gegen den Grundsatz verstoßen, daß die zu übertragende Sache genügend bestimmt, nicht nur bestimmbar, sein muß (RGRKomm. z. BGB. zu § 930 Anm. 3; Lindemann-Soergel, BGB. zu § 930 Anm. 2). Das Eigentum an barem Gelde insbes. kann durch Besitzkonstitut gültig nur dann übertragen werden, wenn das Geld besonders aufbewahrt und von anderem barem Gelde getrennt gehalten wird (nicht nur werden sollte! [s. RGRKomm. a. a. O.]). Diese Voraussetzungen sind beim Abschluß der oben erwähnten Vereinbarung nicht vorhanden. Keinesfalls kann man m. E. aber mit dem RG. der Vereinbarung zwischen Kommittentin und Kommissionär die Bedeutung unterlegen, daß alle vom Käufer an den Kommissionär gegebenen Zahlungsmittel mit dem Zeitpunkt der Übergabe Eigentum der Kommittentin werden sollten. Man denke nur an den häufig vorkommenden Fall, daß der Kommissionär dem Käufer aus seiner Tasche auf einen größeren Geldschein herausgeben muß; soll der große Geldschein auch dann sogleich ins Eigentum des Kommittenten übergehen?

Einen circulus vitiosus enthält das Urteil, indem es das besondere Rechtsverhältnis i. S. des § 930 BGB., das den mittelbaren Besitz des Kommittenten begründe, in der Treupflicht des Kommissionärs zur Verwahrung der empfangenen Gelder findet. Diese Pflicht besteht nur, wenn es sich um Geld des Kommittenten handelt, nicht aber, wenn — wie es die Regel ist (s. Staub, 12./13. Aufl. zu § 384 Anm. 29) — der Erlös aus der Kommissionsware ins Eigentum des Kommissionärs übergeht. Das RG. hätte sich also zur Begründung dafür, daß das Eigentum am Erlöse nach § 930 BGB. auf den Kommittenten übergehe, nicht auf die Verwahrungspflicht des Kommissionärs stützen dürfen; denn diese Verpflichtung setzt bereits voraus, daß der Erlös Eigentum des Kommittenten ist.

Zum inneren Tatbestand verlangt das Urteil nur das Bewußtsein des Täters, daß er unbefugt und dem klaren Inhalt des Vertrages wie dem Willen des Berechtigten zuwider über fremde Vermögenswerte verfügt. Daß im vorl. Fall von einem klaren Vertragsinhalt keine Rede sein kann, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die Vereinbarung vom RG. und der StK. in ganz verschiedener Weise ausgelegt wird. Selbst aber, wenn man der Auslegung des RG. folgen wollte, ist es noch sehr zweifelhaft, ob der Angekl. sich bewußt war, daß der Erlös sogleich ohne besonderen Übertragungsakt ins Eigentum der Kommittentin überging; denn jedem Kommissionär dürfte bekannt sein, daß er zunächst Eigentümer des Erlöses wird und der Kommittent das Eigentum erst durch besondere Übertragung erwirbt.

Mit Recht weist das RG. auf die so oft übersehene Strafbestimmung des § 95[2] BörsG. hin, deren weite Fassung dazu angetan ist, die eingangs dieser Ausführungen erwähnten Schwierigkeiten zu vermeiden.

Bemerkenswert an dem Urteil des RG. ist noch, daß das RG. Unterschlagung der Kommissionsware durch den Verkaufskommissionär für möglich hält. Diese Ansicht erscheint jedenfalls insofern nicht zutreffend, als die Veräußerung der Ware niemals eine Unterschlagung darstellen kann; denn der Kommissionär ist ja zur Veräußerung ermächtigt und der Eigentumsvorbehalt des Kommittenten wirkt nur bis zur Veräußerung. Auch wenn der Kommissionär die Absicht hätte, den Erlös der Ware für sich zu verbrauchen, würde er eine Unterschlagung der Ware nicht begehen, da er ja berechtigt ist, die Ware im eigenen Namen zu verkaufen (§ 383 HGB.). Auch Untreue an der Ware durch Ver-

31. §§ 246, 263, 73 StGB. Ist Unterschlagung in Tateinheit mit Betrug anzunehmen bei Kreditbetrug unter vorgespiegelter Sicherungsübereignung?†)

(1. Sen. v. 28. Febr. 1928; 1 D 78/28.) [A.]

Abgedr. JW. 1928, 1596.

32. § 263 StGB.; §§ 104, 114, 116 BGB. Betrug gegenüber einer Schwachsinnigen.†)

In Frage könnte kommen, ob die an ihrem Vermögen geschädigte Josefa H. bei ihrem Geisteszustande noch getäuscht und ob von ihr noch eine vermögensrechtliche Verfügung getroffen werden konnte, ob also der von § 263 StGB. für die vollendete Tat geforderte Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensbeschädigung gegeben ist. Ob das für den Fall zu verneinen wäre, daß die H. zur Zeit der Tat schlechthin geisteskrank in dem Sinne gewesen wäre, daß dadurch ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen war (vgl. § 104 Nr. 2 BGB.), kann dahingestellt bleiben, da eine solche Geisteskrankheit hier nicht festgestellt ist. Allerdings sagt das Urteil, daß Josefa H. alles unterschrieb, was man von ihr wollte, daß sie hochgradig schwachsinnig und nicht imstande war, zu begreifen, welche Verpflichtungen sie durch die Hypothekbestellung einging. Das begründet aber noch keine Geisteskrankheit der hervorgehobenen

---

äußerung erscheint — entgegen der Annahme des RG. — regelmäßig nicht möglich. Denn der Kommissionär ist berechtigt, über die Ware zu verfügen, handelt also bei der Veräußerung und Übertragung nicht widerrechtlich. Untreue des Kommissionärs an der Forderung gegen den Käufer ist — worauf auch das RG. hinweist — erst möglich, wenn die Forderung vom Kommissionär an den Kommittenten abgetreten ist, was auch vor der Entstehung der Forderung geschehen kann. Die nur im Innenverhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär geltende Fiktion des § 392 Abs. II HGB. ändert nichts daran, daß die Forderung gegen den Käufer bis zur Abtretung dem Kommissionär zusteht (§ 392 I HGB. und RGSt. 20, 358).

LGR. Dr. Jacobsohn, Dortmund.

Zu 31. Die Entsch. läßt sich nur dann erklären, wenn die Sicherungsübereignung nicht zur Übergabe der Sachen geführt hatte. Denn dann wären die Kreditgeber nach § 932 BGB. wirklich Eigentümer geworden. Ich kann nicht annehmen, daß dem RG. dieser Umstand entgangen sei, und muß daher den Sachverhalt dahin ergänzen, daß die Sicherungsübereignung in der Form schriftlich vereinbart worden ist, daß die Sachen bei dem Angekl. bleiben sollten. Denn nur dann sind die Kreditgeber nicht durch den guten Glauben geschützt. Wird nun der Sachverhalt in dieser Weise ausgelegt, dann hat der Angekl. neben der Unterschlagung auch einen Betrug begangen. Er hat die Sachen durch constitutum possessorium übereignet in dem Bewußtsein, daß sie ihm nicht gehören, und hat die Kreditgeber in den Irrtum versetzt, daß sie für ihre Forderung eine pfandähnliche Sicherung bekommen hätten. Hätte er allerdings gemeint, durch die Übereignung würden die Kreditgeber wirklich Eigentümer, der Lieferant könne sein Eigentum nicht von ihnen herausverlangen, dann hätte die Vorspiegelung und der damit erregte Irrtum, er sei Eigentümer, nach seiner Überzeugung keine schädigende Vermögensverfügung der Kreditgeber zur Folge gehabt. Denn ihnen hätten ja nach seiner Meinung die Sachen nicht wieder entzogen werden können. In diesem Falle würde er die tatsächlich eingetretene Vermögensschädigung nicht gewollt, also keinen Betrug begangen haben. Wohl aber könnte er wegen Unterschlagung zum Schaden des Lieferanten aus den vom RG. angegebenen Gründen verurteilt werden. Wenn er sich aber, wie festgestellt worden ist, bewußt war, daß er Eigentum nicht übertragen könnte, die Kreditgeber Eigentum nicht erwerben könnten, hat er dann neben dem Betruge auch eine Unterschlagung begangen?

Der urteilende Senat ist der Meinung, es könne jemand nicht zugleich die Übereignung *nicht*, die Aneignung trotzdem ernstlich gewollt haben. Ich kann darin keinen unlösbaren Widerspruch sehen. Dem Lieferanten gegenüber hat er über dessen Sachen wie ein Eigentümer verfügt; dessen Eigentum hat er angegriffen. Zu seiner Verurteilung wegen Unterschlagung würde nur *eine* Feststellung noch notwendig sein, daß nämlich der Angekl. den Lieferanten *dauernd* von der Ausübung seines Eigentums ausschließen wollte. Dieser Wille dürfte nach Lage der Dinge vorhanden gewesen sein, weil der Angekl. kein Geld hatte und auch keines zu erwarten hatte, um den Kredit abzudecken und dann die zur Sicherheit übereigneten Sachen frei zu bekommen. Würde allerdings nachgewiesen, daß die Lage des Angekl. nicht so aussichtslos gewesen ist, wie sie nach dem mitgeteilten Sachverhalt angenommen werden muß, dann wäre ihm das Bewußtsein der Dauer der Entziehung nicht nachgewiesen, und er könnte nur wegen Betruges, nicht auch wegen Unterschlagung verurteilt werden. Sollten nach dieser Regelung hin die Feststellungen der Vorinstanz eine Lücke aufweisen, dann hätte das RG. mit Recht aufgehoben und zurückverwiesen. Daß sich aber der Wille, dem Lieferanten die Sachen dauernd zu entziehen, mit dem Willen, die Sachen den Kreditgebern nur zum Schein zu übereignen, nicht vereinigen ließe, kann ich nicht zugeben. Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

Zu 32. Die bisher wenig erörterte, aber theoretisch und praktisch wichtige Frage, ob Betrug durch Täuschung von Personen zweifelhaften Geisteszustandes oder mangelnder Geschäftsfähigkeit begangen werden kann, wird in dem oben entschiedenen Fall der Täuschung einer Geistesschwachen bejaht, im übrigen aber offengelassen. Das RG. kommt zu diesem teilweise positiven Ergebnis aus der Erwägung, daß auch Geistesschwache tatsächlich durch Irrtumserregung zu einem Handeln bestimmt und dadurch am Vermögen beschädigt werden können. Diese Prämisse des RG. ist allerdings zutreffend, da Geistesgestörte erfahrungsgemäß sogar leichter als geistig Gesunde Täuschungen unterliegen, und zwar um so leichter, je schwerer ihr geistiger Defekt ist. Solange ein Mensch auf Reize der Außenwelt überhaupt reagiert, kann er die Beute von Täuschungen werden, also wohl schon sechs Wochen nach der Geburt bis zu dem letzten Stadium der Agonie mit Ausnahme ganz seltener Fälle gänzlicher Verblödung. Die prähistorischen Erfindungen der Falle und der Angel beruhen auf dem alten Erfahrungssatz, daß sogar Tiere, selbst solche niederster Ordnung, durch Täuschung zu ihnen schädlichen Handlungen veranlaßt werden können. So zeigt die konsequente Auswertung der reichsgerichtlichen Prämisse, daß das Problem der Täuschung Geistesgestörter nicht aus dem Gesichtspunkt der Irrtumserregung und deren Kausalität für Vermögensbeschädigung erschöpfend gelöst werden kann, weil diese Tatbestandsmerkmale in vielen Fällen nachweisbar sind, in denen wegen allzu schweren geistigen Defektes des Getäuschten von einem Betrug füglich nicht mehr die Rede sein kann.

Die richtige Lösung kann nur mit Hilfe des sog. ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Vermögensdisposition gefunden werden. Bekanntlich kann der im Gehirn des Getäuschten erweckte Irrtum nicht unmittelbar die der Außenwelt angehörende Vermögensbeschädigung auslösen, sondern bedarf dazu naturnotwendig eines Bindegliedes, nämlich einer Handlung des Getäuschten, für die sich der Ausdruck „Vermögensdisposition“ eingebürgert hat. Wenn der Getäuschte wegen seiner Geistesstörung oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im einzelnen Fall keine Vermögensdisposition vornehmen kann, so liegt kein Betrug vor, mag auch tatsächlich durch Täuschung eine Vermögensbeschädigung herbeigeführt worden sein. Dadurch wird die Entsch. in erster Linie von dem bestrittenen Begriff der Vermögensdisposition abhängig. Wer als solche lediglich ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft oder eine bewußte Verfügung über Vermögensstücke gelten lassen will, wird folgerichtig nur bei voller Handlungs- und Verfügungsfähigkeit des Getäuschten Betrug annehmen können. Mit Recht aber sind Judikatur und Schrifttum in jüngster Zeit immer mehr dazu zurückgekehrt, den Begriff der Vermögensdisposition möglichst weit zu fassen und darunter jede Handlung des Getäuschten fallen zu lassen, die eine Vermögensbeschädigung herbeiführt (Olshausen, Anm. 27 zu § 263; Pröll: MKrimPsych. 1914, 235). Auf diesem Standpunkt steht offensichtlich auch die besprochene Entsch., die den Begriff der Vermögensdisposition sehr hübsch definiert als „Handeln — Tun oder Unterlassen —, das zu einer Verminderung des Vermögens führt“. Es muß also im einzelnen Falle untersucht werden, ob ein „Handeln“ Bindeglied zwischen dem Irrtum des Getäuschten und der Vermögensbeschädigung gewesen ist. Damit entsteht die den Kern des Problems bildende große Frage, wann die zur Vermögensbeschädigung führende körperliche Betätigung des Getäuschten trotz seines geistigen Defektes als „Handeln“ angesprochen werden kann. Daß die Körperbewegung gänzlich verblödeter Geisteskranker und Neugeborener nicht als Handlung angesehen werden kann, ist ohne weiteres klar. Aber wo ist die Grenze bei weniger krassen Fällen? Die Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze über Geschäftsfähigkeit erscheint mir deshalb nicht angebracht, weil die Vermögensdisposition nicht notwendig ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft des Getäuschten, geschweige denn ein gültiges, voraussetzt. Die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften über die Deliktsfähigkeit des Verbrechers beruhen überwiegend auf kriminalpolitischen Erwägungen und haben mit dem natürlichen Begriff der Handlungsfähigkeit des Verbrechensobjektes nichts zu tun. Der Bedrohte braucht nicht willensfähig zu sein; er muß nur allgemein befähigt sein, Bedrohungen als solche zu empfinden (Olshausen, Anm. 5 zu § 241). Objekt der Freiheitsberaubung ist auch der Willensunfähige, wofern sein Geisteszustand willkürliche Fortbewegung gestattet (Olshausen, Anm. 2 zu § 239). Die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung entfällt auch durch Einwilligung des verletzten Geschäftsunfähigen, wenn dieser nur die nötige Urteilskraft besitzt (RGSt. 41, 392). Wer sich von einem gänzlich geschäftsunfähigen Geisteskranken etwas schenken läßt, begeht keinen Diebstahl, wenn der Schenker der zur Aufgabe des Gewahrsams erforderlichen Willensbestimmung im natürlichen Sinn fähig war (RGSt. 2,

Art und schließt die tatsächliche Möglichkeit nicht aus, die H. zu täuschen und durch die Täuschung zu einem Handeln — Tun oder Unterlassen — zu bestimmen, das zu einer Verminderung ihres Vermögens führte. Die übrigen Ausführungen der StK. zeigen denn auch mit genügender Deutlichkeit, daß Josefa H. nur schwachsinnig, nur geistesschwach war, wie sie denn auch nur wegen Geistesschwäche entmündigt wurde. Daß aber eine schwachsinnige Person i. S. des § 263 StGB. in einen Irrtum versetzt und dadurch zu einer vermögensschädigenden Verfügung bestimmt werden kann, unterliegt um so weniger einem Zweifel, als ein wegen Geistesschwäche Entmündigter auch nach bürgerlichem Rechte nicht geschäftsunfähig, sondern nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 114, 106 BGB.). Es liegt deshalb kein Anhaltspunkt dafür vor, daß die StK. bei ihrer Feststellung, der Angekl. habe die H. durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen zu den vermögensschädigenden Verfügungen bestimmt, rechtlich geirrt hätte, so daß gegen die Annahme des vollendeten Betrugs kein Rechtsbedenken besteht.

(1. Sen. v. 3. April 1928; 1 D 247/28.) [A.]

33. § 263 StGB. „Kümmelblättchen" als Betrug. †)

Die Angekl. sind auf sogenannte „Bauernfängerei" ausgegangen; sie haben bei einer Eisenbahnfahrt einige Mitreisende dazu bestimmt, sich an dem Kartenspiel „Kümmelblättchen" mit Einsätzen zu beteiligen, indem sie ihnen vorspiegelten, es handle sich um ein Glücksspiel, während sie in Wahrheit in der Lage und gewillt waren, durch geschicktes Kartenwerfen jede — dem nichteingeweihten Mitspieler als möglich erscheinende — Gewinnaussicht der mit Einsätzen sich Beteiligenden zu verhindern, so daß die Mitspieler von vornherein keine Gewinnaussicht hatten, vielmehr ihre Einsätze verlieren mußten und verloren haben.

(3. Sen. v. 15. Nov. 1926; 3 D 624/26.) [A.]

****34.** § 263 StGB. 1. Zum Begriff des Glücksspiels. 2. Unter welchen Voraussetzungen können gewerbsmäßiges Glücksspiel und Betrug in einer Handlung zusammentreffen. †)

Im Laufe des Jahres 1926 wurde in der Salzgasse zu K. von mehreren zu einer Bande gehörigen Personen häufig das sog. Kümmelblättchenspiel veranstaltet, wobei die Unternehmer vorübergehende oder herumstehende Personen, denen das Spiel fremd war, zum Mitspielen veranlaßten. Nach den Feststellungen in Verbindung mit der Schilderung des Spiels in RGSt. 28, 283 und in RG. (GA. 50, 112) geht das Kümmelblättchenspiel im allgemeinen auf folgende Weise vor sich: Es werden drei Karten vorgezeigt, deren Rückseiten gleich, deren Vorderseiten dagegen ungleich sind — im gegebenen Fall bei einer rot, bei zweien schwarz. Eine von den Karten — hier die rote — wird als die Gewinnkarte bezeichnet. Die Karten werden sodann mit der Vorderseite nach unten, also verdeckt, auf den Spieltisch — im gegebenen Fall auf eine vom Veranstalter ausgebreitete Zeitung — geworfen. Wer sich am Spiel durch einen Einsatz beteiligt hat, muß raten, welche Karte die Gewinnkarte ist. Rät er richtig, erhält er den Einsatz erhöht zurück; rät er falsch, verliert er den Einsatz. Bei dem hier zu beurteilenden Spiel verstanden es nun die mit dem Werfen der Karten betrauten Mitglieder der Bande, mit Hilfe ihrer Fingerfertigkeit die Karten so geschickt zu werfen, daß uneingeweihte „Setzer", die sich mit einem Einsatz am Spiel beteiligt hatten und beim Werfen der Karten die rote Gewinnkarte mit ihren Augen verfolgt zu haben glaubten, auf eine schwarze Verlustkarte rieten. Nach den Feststellungen im schöffengerichtlichen Urteil spielten jeweils bei Beginn des Spieles zur Bande gehörige Personen, sie sog. „Anreißer" als „Lockvögel" („Locker") mit, gewannen und erhielten den Gewinn auf der Stelle ausgezahlt. Die einschlägige Feststellung des BG. lautet dahin, daß, während Uneingeweihte fast regelmäßig erheblichen Spiel-

---

335; Frank, Anm. VI 3 zu § 242). Der diesen und vielen anderen (auch die Handlungsfähigkeit des Verbrechenswerkzeuges betreffenden) Entsch. zugrunde liegende allgemeine Gedanke ergibt, daß der Getäuschte beim Betrug eine natürliche Handlungsfähigkeit haben muß. Der Getäuschte muß allgemein imstande sein, die Tragweite einer solchen Handlung, wie er sie unter dem Einfluß des Irrtums vorgenommen hat, zu erkennen, mag er auch im Einzelfall zufolge der Täuschung die Tragweite nicht erkannt haben. Der Betrogene muß also nicht nur der Täuschung zugänglich sein, sondern er muß nach Aufdeckung des Irrtums auch verstehen können, daß er getäuscht worden ist; hat er dafür Verständnis, so haben wir das typische Bild eines Betruges, mag auch vielleicht im Einzelfall die Ausführung des Deliktes durch den geistigen Defekt des Getäuschten erleichtert worden sein; fehlt aber dem Getäuschten die nach diesem Grundsatz erforderliche natürliche Handlungsfähigkeit, dann fehlt der Tat das Specificum des Betruges, der Angriff gegen Treu und Glauben im Verkehr, und es bleibt lediglich die Ausnützung geistiger Minderwertigkeit übrig, die unter andere kriminelle Gesichtspunkte gebracht werden muß.

Beurteilt man den oben entschiedenen Fall nach den soeben entwickelten Grundsätzen, so kann man unmöglich zur Annahme eines Betruges gelangen. Da die Getäuschte nach der tatsächlichen Feststellung der Strafkammer alles unterschrieb, was man von ihr wollte, und nicht imstande war, zu begreifen, welche Verpflichtungen sie durch die Hypothekenbestellung einging, hat sie keineswegs die erforderliche natürliche Handlungsfähigkeit besessen; ihre körperliche Betätigung, nämlich das Unterschreiben der Urkunde, war keine Handlung im natürlichen Sinn. Es fehlt im obigen Fall also das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensdisposition, und dies konnte nach dem Gesagten nicht durch die außerdem für eine Verurteilung erforderliche Feststellung der Irrtumserregung und deren Kausalität für die Vermögensbeschädigung ersetzt werden. Bei dieser Sachlage erübrigt sich ein Eingehen auf die nach dem oben wiedergegebenen Teil des Urt. schwer zu beantwortende Frage, worin denn in dem zur Entsch. stehenden Fall trotz der offensichtlichen Nichtigkeit der von der Getäuschten abgegebenen Erklärung (vgl. JW. 1908, 323[3]; 1909, 411[2]; 1911, 179[1]) die Vermögensbeschädigung bestanden haben soll.

RA. Rudolf Pröll, Berlin.

Zu 33 u. 34. Auffallend ist, daß die Entscheidungen des RG., soweit sie das Verhältnis des Glücksspiels zum Betruge behandeln, nicht nur aufeinander nicht Bezug nehmen, sondern sogar im Widerspruch zueinander stehen:

Während das Urt. des 4. StS. v. 10. Okt. 1890 das Wesen des Glücksspiels dahin kennzeichnete, „daß der Ausgang desselben, die Entscheidung über Gewinn und Verlust allein oder doch hauptsächlich vom Zufalle und nicht wesentlich von der Geschicklichkeit oder der Überlegung der Spielenden abhängt", und demzufolge ein Glücksspiel nicht als vorliegend erachtete, wenn der das Spiel Veranstaltende „die Entscheidung über Gewinn und Verlust ... in der Hand hatte und somit der Ausfall allein von seinem Willen abhing" (RGSt. 21, 107), vielmehr in dem Verschweigen der Möglichkeit der willkürlichen Einwirkung auf den Ausfall des Spiels die Vorspiegelung einer falschen bzw. die Unterdrückung einer wahren Tatsache erblickte (a. a. O. S. 108), findet das Urt. des 3. StS. v. 17. März 1922 keinen Rechtsirrtum darin, daß „Anklage wie Eröffnungsbeschluß lediglich einen Tatbestand unterstellen, welcher dieselbe Tat, dieselbe Spieltätigkeit gleichzeitig sowohl vom Gesichtspunkte des § 263 StGB. wie von demjenigen des § 284 StGB. (jetzt 285) inkriminiert" (RGSt. 23, 8). Den gleichen Standpunkt vertritt auch das Urt. des 1. StS. v. 23. März 1896, — übrigens auch das „Kümmelblättchenspiel" betreffend. Das RG. spricht hier die Annahme des Vorderrichters, daß das Spiel „kein Glücksspiel gewesen sei, da dessen Ausgang nicht vom Zufalle, sondern lediglich von den Kunstgriffen und der Geschicklichkeit" des Ausspielenden abhängig gewesen war, als rechtsirrig an (RGSt. 28, 284). Denn wenn auch der Ausspielende „durch den von ihm angewendeten Kunstgriff bezweckt haben" mag, den Mitspielenden auf eine falsche Fährte zu führen, so habe doch nicht seine Tätigkeit den Ausgang des Spiels entschieden, „sondern der vom Zufalle abhängige Umstand, ob der Mitspielende trotz des Kunstgriffs ... die richtige Karte wählte. Letzterer mußte auch nicht die falsche Karte raten, es hing vielmehr von seinem Willen ab, welche Karte er bezeichnete" (a. a. O. S. 285).

Inwieweit sich die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Urt. mit denen des hier abgedruckten decken, läßt sich mangels genauer Angaben über die Art des hier gespielten „Kümmelblättchens" nicht mit Sicherheit sagen. Da es sich jedoch auch hier um ein „geschicktes Kartenwerfen" handelt, bei welchem offenbar — wie in RGSt. 28, 283 ff. — die Karten verschoben und dadurch das Raten der richtigen Karte verhindert wurde, dürfen die Gewinnaussichten im vorl. Falle als ebenso gering unterstellt werden wie im Falle RGSt. 28, 283 ff. Wenn nun das vorl. Urt. sagt, daß „die Mitspieler von vornherein keine Gewinnaussicht hatten, vielmehr ihre Einsätze verlieren mußten und verloren haben", so kann damit nicht ein naturnotwendiges Verlieren müssen, sondern nur ein erfahrungsmäßiges Verhalten der Mitspieler gemeint sein. Genau so wie in RGSt. 28, 283 ff. wird es auch hier von ihrem Willen abgehangen haben, welche Karte sie wählten. Dennoch bestreitet obiges Urt. — m. E. zu Recht — nicht, daß die Tätigkeit des die Karten Ausspielenden den Ausgang des Spieles entschied.

Im Ergebnis stimmt demnach die obige Entsch. mit RGSt. 21,

verlust erleiden, die eingeweihten Mitspieler gewinnen oder auch zum Schein ab und zu verlieren. L. gehörte zu der Bande, die unerfahrene Leute durch das Kümmelblättchenspiel in der geschilderten Weise ausbeutete. In zwei Fällen wurde seine Beteiligung an dem Spiel für erwiesen erachtet. Das SchöffG. erkannte den Angekl. des *Betrugs* schuldig. In den Urteilsgründen ist ausgeführt: Das Kümmelblättchenspiel sei so, wie es in der Salzgasse gespielt wurde, kein Glücksspiel, sondern Betrug; es könne nur dann Glücksspiel sein, wenn es ehrlich gespielt werde; im gegebenen Fall hätten aber die „Spieler" (gemeint sind offenbar die Veranstalter einschließlich der „Anreißer") den Zufall ausgeschaltet und durch ihre Fingerfertigkeit vorgespiegelt, daß eine gewisse Karte die Gewinnkarte sei. Gegen dieses Urteil legten der Angekl. und der Staatsanwalt Berufung ein. Das BG. verwarf die Berufung des Angekl. und erkannte letzteren auf die Berufung des Staatsanwaltes des *gewerbsmäßigen Glücksspiels in Tateinheit mit Betrug* schuldig. In den Urteilsgründen wird gesagt, es sei für die Frage, ob Glücksspiel vorliege, nicht entscheidend, ob ehrlich gespielt werde. Der Angekl. L. ficht das BU. mit der Begründung an, daß in den Fällen, in denen *er* mitgespielt habe, infolge der zwischen ihm und dem „Locker" getroffenen Verabredung der „Setzer" niemals habe gewinnen können, daß er daher nur wegen Betrugs hätte verurteilt werden dürfen. Die Rev. ist unbegründet. Nach dem Sachverhalt kann nicht angenommen werden, daß durch die Machenschaften der Mitglieder der Bande der Zufall bei der Entscheidung über Gewinn und Verlust völlig ausgeschaltet war. Weder die Feststellungen noch die Ausführungen in der Revisionsbegründung bieten einen Anhaltspunkt dafür, daß etwa durch einen Kunstgriff beim Werfen der Karten die rote Karte durch eine schwarze ersetzt worden wäre, daß also drei schwarze Karten mit der farbigen Seite nach unten auf der als Spieltisch liegenden Zeitung gelegen wären und folglich von den nichteingeweihten Mitspielern eine rote Karte überhaupt nicht hätte erraten werden können. Lagen aber nach dem Wurf jeweils zwei schwarze Karten und eine rote auf dem Spieltisch, dann blieb trotz des beim Wurf angewendeten Kunstgriffs die Möglichkeit bestehen, daß der eine oder andere der uneingeweihten Spieler die rote Karte erriet. Auf diesen Willensentschluß hatten die Mitglieder der Bande keinen zwingenden Einfluß; sie konnten durch irreführende Kunstgriffe nur eine Verschlechterung der Gewinnaussichten bewirken. Daß ein Spiel, das sich im übrigen als Glücksspiel darstellt, diese Eigenschaft auch dann nicht verliert, wenn ein Beteiligter die Mitspieler auf eine falsche Fährte zu führen sucht, hat das RG. gerade in bezug auf das Kümmelblättchenspiel bereits in den beiden oben erwähnten Entsch. ausgesprochen. Aber selbst wenn in den Fällen, in denen der Angekl. beteiligt war, durch das Verhalten des Veranstalters und des mit ihm unter einer Decke steckenden Lockers der Zufall völlig ausgeschaltet worden wäre, würde die Annahme eines tateinheitlichen Zusammentreffens von Betrug und Glücksspiel nicht zu beanstanden sein. Allerdings ist unter einem *Glücksspiel* i. S. §§ 284 ff. StGB. ein Spiel zu verstehen, bei welchem die Entsch. über Gewinn oder Verlust nicht, wie beim reinen Geschicklichkeitsspiel, von den Fähigkeiten und Kenntnissen und dem Grade der Aufmerksamkeit des Durchschnitts der Spieler, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall, d. h. vom Wirken unberechenbarer, dem Einfluß der Beteiligten entzogener Ursachen abhängt. Der 4. StS. hat hieraus in RGSt. 21, 107 den Schluß gezogen, daß ein Spiel dann nicht mehr als Glücksspiel erachtet werden könne, wenn ein Spieler es völlig in der Hand habe, durch eine nur ihm bekannte Machenschaft den Ausgang nach seinem Willen zu bestimmen. Allein jedes Spiel, also auch das Glücksspiel, ist ein Vertrag, bei welchem die Vertragsteile vom Eintritt entgegengesetzter Bedingungen abhängig machen, ob und in welcher Höhe dem einen oder anderen Teil ein Gewinn zufallen soll. Entscheidend für das Wesen einer Spielveranstaltung sind hiernach die *Vertragsbedingungen*, die von dem einen Teil ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen angeboten und von dem anderen Teil angenommen werden. Ergibt sich aus diesen Bedingungen, daß die Entsch. über Gewinn oder Verlust allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängen soll, liegt ein Glücksspiel vor. Ein geheimer Vorbehalt des Anbietenden oder Annehmenden, nicht den Zufall, sondern ausschließlich einen dem anderen Teil nicht erkennbaren Kunstgriff entscheiden zu lassen, sowie ein diesem Vorbehalt entsprechendes, dem andern Teil nicht erkennbares Verhalten bei der Durchführung des Spiels kann hieran nichts ändern. Auch soweit zur Erfüllung eines Tatbestandes das Zustandekommen von Spielverträgen nicht erforderlich ist, sondern, wie beim „Veranstalten" eines Glücksspiels, schon die Aufstellung und Zugänglichmachung eines Spielplanes, also das Vertragsangebot, zur Vollendung genügt, oder, wie beim Bereitstellen von Einrichtungen, schon Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind, kommt es darauf an, ob nach dem gemachten oder in Aussicht genommenen Vertragsangebot die Entsch. vom Zufall abhängen soll. Wird also ein Spiel gespielt, veranstaltet oder vorbereitet, das bei ehrlicher Durchführung ein Glücksspiel ist und den in etwaige Kunstgriffe nicht eingeweihten Mitspielern als solches erscheinen muß, so ist der einschlägige Tatbestand auch dann erfüllt, wenn ein Spieler durch unehrliche Machenschaften in einer den andern Mitspielern nicht erkennbaren Weise den Zufall völlig ausschaltet oder auszuschalten beabsichtigt. Mit dem Glücksspiel trifft *Betrug* zusammen, wenn der Veranstalter allein oder gemeinschaftlich mit einem oder mehreren Lockern in der Absicht, sich oder anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen der uneingeweihten Mitspieler dadurch beschädigt, daß er das veranstaltete Spiel als reines, bloß vom Zufall abhängiges Glücksspiel darstellt und die Möglichkeit seiner willkürlichen Einwirkung auf den Spielausgang verschweigt, sohin durch die Vorspiegelung einer falschen und die Unterdrückung einer wahren Tatsache die Mitspielenden in einen Irrtum über die Gewinnaussichten versetzt und sie hierdurch zur Hingabe und Belassung von Einsätzen, denen die vorgespiegelte Gewinnaussicht nicht gegenübersteht, also zu einer vermögensschädigenden Verfügung bestimmt. Daß beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen die Tatbestandsmerkmale des Betrugs gegeben sind, hat auch der 4. StS. (RGSt. 21, 107) angenommen. Der dort vertretene abweichende Standpunkt in bezug auf das Glücksspiel nötigt den erk. Sen. nicht, eine Entsch. der vereinigten StS. gemäß § 136 GVG. herbeizuführen, da — abgesehen von der inzwischen erfolgten Änderung der Gesetzgebung — die Entsch. des 4. StS., durch welche die Rev. gegen die Verurteilung wegen Betrugs verworfen wurde, nicht auf der Verneinung der Tatbestandsmerkmale des Glücksspiels, sondern auf der

---

107 f. überein: Betrug und nicht gewerbsmäßiges Glücksspiel, wenn der Ausspielende das Gewinnen der Mitspieler durch seine Tätigkeit verhindern kann. Die Entsch. RGSt. 23, 7 ff. und RGSt. 28, 283 ff. nehmen dagegen den entgegengesetzten Standpunkt ein: Betrug in Idealkonkurrenz zum Glücksspiel. Symptomatisch für diese Unsicherheit der Rspr. ist die Bem. VI, 1 zu § 285 im LpzKomm.: „Idealkonkurrenz zwischen den Vergehen des § 263 und § 285 StGB. ist rechtlich möglich (RGSt. 23, 7; 28, 284) ... Allerdings kann dasselbe Spiel nicht gleichzeitig Glücksspiel und Betrug sein". Nun aber ist gerade in den zitierten Entsch. ausgesprochen worden, daß „dieselbe Spieltätigkeit gleichzeitig sowohl vom Gesichtspunkte des § 263 StGB. wie von demjenigen des § 284 (jetzt 285) StGB. inkrimiert" werden kann. Mit der Berufung auf diese Entsch. kann mithin das Bestreiten der Möglichkeit eines Zusammentreffens von Glücksspiel und Betrug bei einer und derselben Tätigkeit nicht in Einklang gebracht werden. Offenbar will *Rosenberg* eine Idealkonkurrenz zwischen den §§ 263 und 285 StGB. nur in dem Falle annehmen, wenn „bei einem einheitlichen Gesamtspiel einzelne Spielhandlungen unter § 285, andere unter § 263 fallen" (a. a. O.).

Ob unter solchen tatsächlichen Voraussetzungen nicht anstatt der Idealkonkurrenz eine Realkonkurrenz zwischen den §§ 263 und 285 StGB. vorliegt, kann hier auf sich beruhen. Nur soviel sei bemerkt, daß mir das „einheitliche Gesamtspiel" und damit die sog. natürliche Handlungseinheit allein als zu vage erscheint, um für sich schon Idealkonkurrenz rechtfertigen zu können. M. E. dürfte auch hier der vom RGSt. 32, 137 ff. entwickelte Grundsatz zur Anwendung gelangen, nach welchem bei einer kontinuierlichen Folge von Tätigkeiten mindestens ein Teil derselben zur Verwirklichung der Tatbestände beider Delikte mitwirken muß. — Bei dem hier interessierenden Falle *einer* Spieltätigkeit sollte jedoch von vornherein klar sein, daß sie deshalb nicht sowohl unter § 263 wie § 285 fallen kann, weil Betrug und gewerbsmäßiges Glücksspiel sich gegenseitig tatbestandsgemäß ausschließen. Beide sind Bereicherungsdelikte. Sie unterscheiden sich dadurch voneinander, daß beim Glücksspiel die Bereicherung mit

Bejahung der Tatbestandsmerkmale des Betrugs beruht, in dieser letzteren Hinsicht aber der erk. Sen. mit dem 4. StS. übereinstimmt. Der hier vertretene Standpunkt wird allein dem gesetzgeberischen Grund der Strafbestimmungen gegen das Glücksspiel gerecht, der darin zu erblicken ist, daß derartige Veranstaltungen wegen des in ihnen enthaltenen Merkmals des Zufalls geeignet sind, die Spielleidenschaft zu erwecken und die Teilnehmer durch die unsichere Aussicht auf einen den Einsatz übersteigenden Vorteil zu unwirtschaftlichen Ausgaben zu verleiten, daß sie andererseits — namentlich dann, wenn die Teilnehmer nicht in näheren Beziehungen untereinander und zum Veranstalter stehen — die Gefahr der Schädigung der Teilnehmer durch Täuschung und Übervorteilung begründen. Diese Gesichtspunkte treffen schon dann zu, wenn sich das veranstaltete Spiel im Hinblick auf die kundgegebenen Spielbedingungen den zur Teilnahme veranlaßten Dritten als Glücksspiel darstellt. Bei Zugrundelegung der Annahme des 4. StS. würde sich überdies die Unstimmigkeit ergeben, daß der Angekl., falls er die Mitspielenden durch täuschende Kunstgriffe lediglich auf eine falsche Fährte zu führen versucht hätte, den einschneidenden Bestimmungen des § 285a StGB. unterliegen würde, daß diese aber unanwendbar wären, wenn er durch einen weitergehenden Betrug den Zufall völlig ausgeschaltet hätte. Gerade der Wunsch, von der Überweisung an die Landespolizeibehörde befreit zu werden, bildet offenbar den Grund, weshalb sich der Angekl. in der Revisionsbegründung eines schweren Betrugs bezichtigt als das BG. angenommen hat.

(1. Sen. v. 19. Nov. 1926; 1 D 682/26.) [A.]

**35. § 266 StGB. Prokuristen eines Bankgeschäfts als „Bevollmächtigte" seiner Kunden.†)

Da dem Bankgeschäft H., dessen Prokuristen die Angekl. waren, die in Betracht kommenden Wertpapiere zwar unverschlossen, aber nur „zur Verwahrung und Verwaltung" — ohne Vereinbarung des Eigentumsüberganges (§ 700 BGB.) — übergeben waren, so geht das LG. zutreffend davon aus, daß in Ermangelung einer ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung seitens der nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibenden Hinterleger die Verpfändung der Wertpapiere durch das Bankgeschäft H. den zwingenden Vorschriften der §§ 1, 2 DepotG. v. 5. Juli 1896 (in der nach der VO. v. 21. Nov. 1923, RGBl. I, 1119, geltenden Fassung) zuwiderlief und daher rechtswidrig war.

Dem LG. ist weiter darin beizutreten, daß die hiernach unbefugte Verpfändung der Wertpapiere durch die Angekl. weder nach § 9, noch nach einer anderen Vorschrift des DepotG. strafbar ist, da die Angekl. nur als Prokuristen ihrer Bank und daher nicht als Kaufleute (i. S. von § 13 DepotG.) gehandelt haben (vgl. RGSt. 49, 72, 74) und auch nicht zu den in § 12 DepotG. bezeichneten Personen gehörten.

Mit Rücksicht darauf, daß die Angekl. nur als Prokuristen des Bankgeschäfts gehandelt haben, hat die StK. auch das Vorliegen von Untreue verneint, da, wie unter Hinweis auf GoltdArch. 48, 131 ausgeführt wird, sie zu den als Hinterlegern der Papiere geschädigten Bankkunden nicht in einem Auftragsverhältnis i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. gestanden hätten; sie seien nicht Bevollmächtigte der Kunden des Bankgeschäfts gewesen, die nur zu dessen Inhaberin in vertragliche Beziehungen getreten seien, nicht jedoch zu den Angekl. als deren Prokuristen, die sich nur als Erfüllungsgehilfen der Bank betätigt hätten.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als verneint wird, daß ein Vollmachtsverhältnis des bürgerlichen Rechts (§ 164 BGB.) vorgelegen habe, kraft dessen die Angekl. in bezug auf die hinterlegten Wertpapiere zu Vertretern der Bankkunden geworden wären. Denn als Prokuristen waren sie nur zu Vertretern ihrer Firma bestellt, um in deren Namen zu handeln, ohne daß dadurch bürgerlich-rechtliche Beziehungen zwischen ihnen und den Kunden der Bank erzeugt wurden und ihnen eine Befugnis zur Vertretung der Kunden zustand. Die in der Prokura liegende Untervollmacht zur Erledigung von Angelegenheiten, mit denen die Bank als Bevollmächtigte der Kunden befaßt war, ging nicht etwa dahin, daß die Bank die ihr selbst eingeräumte Ermächtigung zu rechtsgeschäftlicher Vertretung der Kunden den Angekl. weiter übertragen und sie dadurch ermächtigt hätte, selbst und unmittelbar im Namen der Kunden als deren Bevollmächtigte aufzutreten, so daß sie kraft einer solchen Untervollmacht rechtlich zu Vertretern der Kunden geworden wären; vielmehr beschränkte sich die Wirkung der Prokura darauf, daß die Bank lediglich ihre eigene Vertretung den Angekl. übertrug, die infolgedessen rechtlich nur namens der Bank für deren Kunden tätig zu werden befugt waren (vgl. über diese Unterscheidung die Ausführungen in RG. 108, 405, 407).

Obwohl hiernach, wenigstens soweit die Rechtsstellung der Angekl. als Prokuristen in Betracht kommt, zwischen ihnen und den durch die Verpfändung der Wertpapiere geschädigten Bankkunden ein Vollmachtsverhältnis nach bürgerlichem Recht nicht bestand, so wurde dadurch doch die Möglichkeit, daß die Angekl. über die Wertpapiere der Bankkunden als deren „Bevollmächtigte" i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. verfügt haben, nicht ohne weiteres ausgeschlossen.

Schon das vom BG. angezogene Urt. des RG. v. 7. März 1901, III D 103/01 (GoltdArch. 48, 131), hat bei einer dem vorliegenden Falle im wesentlichen gleichartigen Sachlage nicht nur darauf hingewiesen, daß unter Umständen eine Un-

---

Hilfe des Zufalls, beim Betruge dagegen auf dem Wege der Täuschung erstrebt wird. Im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Rechtsgutes, nämlich das fremde Vermögen, verhalten sich mithin Glücksspiel und Betrug wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes. Alsdann aber besteht zwischen den §§ 263 und 285 StGB. das Verhältnis der Alternativität, mit der ein wirkliches Zusammentreffen nicht vereinbar ist (vgl. meine „Straflose Vor- und Nachtat", S. 96 ff.).

Prof. Dr. Honig, Göttingen.

Zu 35. Die äußerst interessante Entsch. geht von folgendem Tatbestand aus: Ein Bankgeschäft wird von einer 72jährigen Inhaberin betrieben. Die tatsächliche Leitung liegt in den Händen zweier Prokuristen. Diese verpfänden Wertpapiere, die der Bank unverschlossen, aber ohne Vereinbarung des Eigentumsüberganges lediglich zur Verwahrung und zur Verwaltung übergeben waren.

Obwohl nun die Verpfändung offenbar widerrechtlich ist, ergibt sich hinsichtlich der Strafbarkeit eine aus der Kasuistik unseres geltenden Rechtes stammende, nicht unerhebliche Schwierigkeit. Das DepG. kann nicht zur Anwendung kommen, da die Prokuristen keine Kaufleute i. S. der §§ 9, 13 DepG. sind, andererseits aber auch nicht unter die erweiterten Bestimmungen des § 12 des zitierten Gesetzes fallen. Wendet man sich dem § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. zu, so steht man auch hier vor nicht unerheblichen Schwierigkeiten, wegen Untreue bestrafen zu können. Dies wäre nur möglich, wenn man die Prokuristen als Bevollmächtigte der Bankkunden auffassen könnte, deren Wertpapiere widerrechtlich verpfändet wurden. Allein offenbar ist die Vollmacht der Kunden, die Papiere zu verwahren und zu verwalten, der Bank und nicht den Prokuristen erteilt, zu welch letzteren die Kunden in keinerlei vertraglichen Beziehungen gestanden haben. Als Bevollmächtigte der Kunden können mithin die Prokuristen i. S. des bürgerlichen Rechts nicht aufgefaßt werden.

Können sie infolgedessen überhaupt nicht bestraft werden? Untreue zuungunsten der Bank anzunehmen, ist unmöglich, da die Prokuristen, wenn sie die hinterlegten Wertpapiere rechtswidrig verpfänden, doch sicher nicht über Forderungen oder andere Vermögensstücke der Bank verfügen. Den Tatbestand andererseits einfach straflos zu lassen, würde ein denkbar unwesentliches Resultat sein, da seine Rechtswidrigkeit nur zu deutlich zutage tritt.

Man könnte nun daran denken, in den Prokuristen Unterbevollmächtigte der Bank in Hinblick auf die Kunden zu erblicken. Nicht zu leugnen ist, daß der Unterbevollmächtigte, falls die Vollmacht selbst zur Untervollmacht ermächtigt, als Bevollmächtigter des Vollmachtgebers i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 anzusehen ist (Gerland, Reichsstrafrecht S. 518 Anm. 10). Man könnte auch, ohne allzu weit zu gehen, die Vollmacht des Kunden an die Bank inhaltlich dahin bestimmen, die Bank werde ermächtigt, alle zur Verwahrung und Verwaltung notwendigen Handlungen so vorzunehmen in der Art, wie dies im Bankgewerbe allgemein, und in dem konkreten Bankbetrieb speziell üblich sei. Würde man in einer derartigen Vollmacht unschwer auch eine Vollmacht zur Untervollmacht erblicken können, so muß doch andererseits dem RG. beigestimmt werden, daß die Prokura nicht etwa die Vollmacht der Kunden überträgt, sondern die Prokuristen nur ermächtigt, als Vertreter der Bank, nicht aber als Bevollmächtigte der Kunden aufzutreten. Auch die Möglichkeit, die Prokuristen als Unterbevollmächtigte der Kunden wegen Untreue bestrafen zu können, scheidet mithin aus.

Auch die Möglichkeit, auf die eine andere Entsch. des RG. (GoltdArch. 48, 131) hingewiesen hat, hilft nicht weiter. Das RG. vermeint, es könne vorkommen, daß die Kunden einer Bank den

treue zum Nachteil der Bank in Frage kommen könne — auf welchen Gesichtspunkt das BG. nicht eingegangen ist —, sondern außerdem hervorgehoben, daß die Kunden der Bank deren ungetreuen Prokuristen zwar aus Anlaß dieser Vertreterstellung, aber nicht lediglich als Bevollmächtigten der Firma, sondern unabhängig davon „auf eigene Verantwortlichkeit der Angekl. als Kontrahenten“ ihre Aufträge erteilt haben könnten.

Aber auch abgesehen von dieser Möglichkeit war zu beachten, daß, wie namentlich in der neueren reichsgerichtlichen Rspr. des öfteren betont wird, die Begriffe „Bevollmächtigter“ und „Auftraggeber“ i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. nicht notwendig eine „Vollmacht“ i. S. der §§ 164 ff. BGB. oder einen „Auftrag“ i. S. der §§ 662 ff. BGB. voraussetzen, sondern daß „ganz allgemein ein Vertrauensverhältnis“ zwischen zwei Personen genügt, vermöge dessen die eine zur offenen oder verdeckten rechtsgeschäftlichen Vertretung der anderen bestellt ist und hierdurch die in der Natur des Verhältnisses begründete rechtliche oder doch tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über das Vermögen der anderen Person besitzt und ausübt (Urt. v. 24. Sept. 1926, 1 D 417/26: RGSt. 61, 1, 2).

In einem Urt. v. 18. Jan. 1927, 1 D 491/26 (RGSt. 61, 174) wird das Vorliegen eines Vollmachtsverhältnisses i. S. des § 266 Abs. 1 Satz 2 StGB. anerkannt in einem Falle, in dem der Bevollmächtigte des „Auftraggebers“ dessen Vollmacht „offenbar im Einverständnis“ mit diesem an einen Unterbevollmächtigten weitergegeben hatte, wodurch der hierum wissende Unterbevollmächtigte zum Bevollmächtigten des ursprünglichen Auftraggebers geworden sei.

Vor allem aber wird von dem 3. StS., auf dessen frühere Entsch. in GoltdArch. 48, 131 sich das angefochtene Urt. beruft, in einem Erkenntnis v. 7. März 1927, III D 976/26 (RGSt. 61, 228, 230) ausgeführt, der zum Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. gehörende Begriff des „Bevollmächtigten“ wurzele nicht im bürgerlichen Recht und setze mithin eine Vertretungsmacht i. S. des § 164 BGB. überhaupt nicht voraus; bei ihm handle es sich vielmehr um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis beruhende und deshalb von der bürgerlichrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder des sonst zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses unabhängige Pflicht (RGSt. 41, 265, 266; 61, 1, 2). Das Treuverhältnis, das jene Vorschrift unter ihren Schutz stelle, greife schon Platz, wo jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt sei, Handlungen im Rechtssinne für ihn vorzunehmen, und wo er eben dadurch in die Lage versetzt werde, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen. Insbes. sei es für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. nicht von rechtlicher Bedeutung, ob die Verfügungen des Täters von ihm im Namen des „Auftraggebers“ oder im eigenen Namen getroffen und ob sie durch die Vollmacht überhaupt gedeckt werden. Es genüge jede Verfügung, die im inneren Zusammenhang mit der tatsächlich anvertrauten Machtstellung erfolge und erst durch sie ermöglicht werde.

Dieser Auslegung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. tritt der erk. Sen. bei. Sie hat auch bereits Anwendung gefunden in seinem Urt. v. 4. April 1927, 2 D 951/26, wo das geschäftsführende Vorstandsmitglied eines Bankvereins ohne weiteres als Bevollmächtigter des Bankkunden (i. S. von § 266 Abs. 1 Nr. 2 BGB.) angesehen wurde, obwohl dessen Auftrag zur Einlösung eines bei dem Bankverein zahlbaren Wechsels nur an den Bankverein ergangen war, der Angekl. also nicht als Bevollmächtigter des Bankkunden i. S. des § 164 BGB., sondern nur als diejenige natürliche Person in Betracht kam, die namens des weder unmittelbar handlungsfähigen noch strafrechtlich belangbaren Bankvereins dessen Vertretungsbefugnisse wahrzunehmen hatte und infolgedessen wenigstens tatsächlicher Vollmachtträger war.

Wäre das BG. von dieser Auslegung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. ausgegangen, so hätte es vor allem berücksichtigen müssen, daß nach seinen eigenen Feststellungen die 72jährige Inhaberin des Bankgeschäfts, das von den Angekl. als Prokuristen geleitet wurde, an der Führung der Geschäfte nicht beteiligt war. Das rechtfertigt zwar noch keineswegs den in der Revisionsbegründung geltend gemachten Zweifel, ob überhaupt das wirtschaftliche Interesse der Angekl. von dem der Bankinhaberin zu trennen war; ob also, wie hierdurch anscheinend — ohne jedoch in den bisherigen Feststellungen eine Stütze zu finden — behauptet werden soll, die Angekl. in Wirklichkeit Inhaber oder Mitinhaber des Geschäfts waren.

Dagegen erforderte bereits der für erwiesen erachtete Sachverhalt die Prüfung, ob die Verhältnisse, unter denen hier die tatsächliche Leitung des Geschäfts den Angekl. uneingeschränkt überlassen war, den Bankkunden bekannt waren und ob demgemäß diese bei der Erteilung ihrer Aufträge wußten, daß in Wirklichkeit es von dem Verhalten und der Vertrauenswürdigkeit der Angekl. abhing, in welcher Weise über die der Bank „zur Verwahrung und Verwaltung“, also auch zu rechtsgeschäftlichen Maßnahmen übergebenen Wertpapiere verfügt werde. Legten die Kunden angesichts einer solchen ihnen bekannten oder wenigstens von ihnen vorausgesetzten Sachlage durch die Erteilung des Auftrags an das Bankgeschäft auch nur rein tatsächlich seine Ausführung bewußt und den Angekl. ebenfalls erkennbar in deren Hand, so würde das ausreichen, um auch die Angekl. i. S. von § 266

Prokuristen Aufträge nicht lediglich als Bevollmächtigten der Firma, sondern unabhängig davon auf eigene Verantwortlichkeit der Prokuristen als Kontrahenten erteilt haben könnte. Ich halte es für ausgeschlossen, daß derartige Fälle vorkommen. Einmal mußten solche an die spezielle Adresse der Prokuristen gehenden Vollmachten außerhalb des eigentlichen Bankbetriebes erfolgen, da sie innerhalb desselben ja nicht gewollt sind. Berücksichtigt man nun aber die Durchführung der Aufträge, wie sie der Kunde doch zweifellos will, die Sicherheit und Haftung, die der Kunde voraussetzt, z. B. in Hinblick auf die Möglichkeit von Ersatzansprüchen usw., so wird man ohne weiteres zugeben müssen, daß der Kunde niemals sich von der Bank lösen, sondern daß er stets bei der Bank bleiben will. Die Dinge liegen in Wahrheit eben so: der Kunde geht zur Bank, weil er Vertrauen zum Prokuristen hat. Dieses sein Vertrauen ist das Motiv für ihn, warum er die Bank bevollmächtigt. Er bevollmächtigt aber den Prokuristen nicht, weil dieser ihm ohne die Bank, mithin auch ohne Vollmacht an die Bank gar nicht haften kann. Also scheint auch dieser Weg, zu einer Bestrafung des ungetreuen Prokuristen zu kommen, verschlossen.

Die vorliegende Entsch. geht daher einen anderen Weg. Das RG. hat bereits früher die Lösung der Schwierigkeit so zu finden versucht, daß es den Satz aufgestellt hat, der Begriff des Bevollmächtigten wurzele nicht im bürgerlichen Recht und sehe mithin eine Vertretungsmacht i. S. des § 164 BGB. überhaupt nicht voraus. Namentlich ist es die Entsch. des 3. StS. v. 7. März 1927 (RGSt. 61, 228 ff.), die diesen Gedanken in grundlegender Weise entwickelt hat. Ihr schließt sich die vorstehende Entsch. an. Nun unterliegt es keinem Zweifel, daß es sehr bedenklich ist, außerstrafrechtliche, dem Privatrecht angehörenden Begriffe nicht aus den Rechtseinheiten heraus zu bestimmen, der sie an sich angehören. Unklarheit, Verschwommenheit des Begriffes ist nur zu leicht die Folge einer Methode, die besonders im Strafrecht gefährlich ist, in dem doch alles auf tunlichste Klarheit der Tatbestände, damit der Begriffe ankommt. Andererseits bezeichnet das Strafrecht mit demselben Wort nicht stets dasselbe, wie das bürgerliche Recht. Kommen mithin Begriffsdifferenzierungen auch sonst vor, muß zunächst das Strafrecht aus sich selbst heraus ausgelegt werden, ergibt sich, daß augenscheinliche Fälle der Untreue bei einer rein privatrechtlichen Begriffsbestimmung des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. von diesem nicht gedeckt werden, obwohl dies doch sicher der ratio des Gesetzes nicht entspricht, — so muß man sich, wenn auch nicht ohne Bedenken, der Auffassung des RG. anschließen und den Begriff des Bevollmächtigten rein strafrechtlich, nicht aber privatrechtlich zu bestimmen versuchen. Hier trifft nun aber der 3. StS. den Nagel auf den Kopf, wenn er in der vorerwähnten Entsch. S. 280 ausführt: „Bei ihm“, d. h. dem Begriff des Bevollmächtigten, „handelt es sich um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis beruhende ... Pflicht. Das Treuverhältnis ... greift schon durch, wo jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt wird, Handlungen im Rechtssinn für ihn vorzunehmen, und wo er eben dadurch in die Lage versetzt wird, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen.“

Besteht das Wesen der Untreue in der mißbräuchlichen Anwendung einer nach außen wirksamen Verfügungsmacht, so ist allerdings der Pflichtgedanke und seine Verletzung der hier maßgebende Gesichtspunkt, nicht aber der privatrechtliche Gedanke der Verletzung einer privatrechtlichen Verpflichtung. Denn entscheidend kann nicht der Grund sein, auf dem das Treuverhältnis beruht; entscheidend ist vielmehr nur die Tatsache des Treuverhältnisses selbst.

Die zur Besprechung stehende Entsch. hat den konkreten Fall

Abs. 1 Nr. 2 StGB. als „Bevollmächtigte“ der Kunden ansehen zu dürfen. Denn wenn ein derartiger in leitender Stellung befindlicher Angestellter zur selbständigen Führung des ganzen Geschäfts oder eines ganzen Geschäftszweiges nach im wesentlichen eigenen Entschließungen berufen ist, kann seine verkehrsübliche Stellung es mit sich bringen, daß in Wirklichkeit er derjenige ist, der an Stelle des Geschäftsinhabers die tatsächliche Verfügungsgewalt über die „Vermögensstücke“ des Kunden auszuüben hat. Wenn der Kunde bei Erteilung des Auftrags das wußte oder erwartete, so bleibt nach bürgerlichem Recht zwar sein Bevollmächtigter ausschließlich der Geschäftsinhaber; eine tatsächliche Vertretungsmacht ist jedoch solchenfalls auch dem Angestellten von dem Kunden eingeräumt, einerlei, ob dieser im Einzelfalle des näheren gewußt hat, in wessen Hand sie fallen werde.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist es daher nicht ausgeschlossen, daß auch den Angekl. als Prokuristen und selbständigen alleinigen Geschäftsführern des Bankhauses H. i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. die Eigenschaft von „Bevollmächtigten“ der geschädigten Bankkunden zuzuerkennen war.

(2. Sen. v. 19. Jan. 1928; 2 D 63/27.) [D.]

36. § 284 StGB. Die Entsch. darüber, ob das Spiel „Ecarté mit Chouette“ als Glücksspiel zu beurteilen ist, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab, unter denen das Spiel stattfindet. Aus dem Umstand, daß der Trumpfkönig nicht besonders bewertet wird, daß die Mehrzahl der Hauptspieler und der Mitglieder der Ponte im Ecarté geübt und erfahren sind und daß die Mitglieder der Ponte das Spiel des Pointeurs genau beobachten können, ihn ständig beraten und einen wesentlichen Einfluß auf sein Spiel haben, kann der Schluß gezogen werden, daß die Entsch. über Gewinn und Verlust in der Hauptsache von der Geschicklichkeit der Beteiligten, nicht vom Zufall abhängt.†)

Die Vorderrichter sind von dem in der Rspr. anerkannten Grundsatz ausgegangen, daß ein Glücksspiel i. S. § 284 StGB. vorliegt, wenn bei einem Spiel die Entsch. über Gewinn und Verlust nach den Vertragsbedingungen und den Eigenschaften des Durchschnitts der am Spiel beteiligten Personen hauptsächlich vom Zufall, nicht vom Geschick der Spieler abhängt. Sie haben ausreichend nachgewiesen, daß diese Voraussetzungen bei dem Spiel „Ecarté mit Chouette“ so, wie es in den von den Angekl. geleiteten Spielklubs betrieben wurde, nicht erfüllt waren. Insbesondere ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn sie auf Grund der Feststellungen, daß der Trumpfkönig nicht besonders bewertet wurde, daß die Mehrzahl sowohl der Hauptspieler, wie der Mitglieder der „Ponte“ im Ecarté geübt und erfahren waren und daß die Mitglieder der „Ponte“ das Spiel des „Pointeurs“ genau beobachten konnten, ihn ständig berieten und einen wesentlichen Einfluß auf sein Spiel hatten, den Schluß gezogen haben, daß die Entsch. über Gewinn und Verlust in der Hauptsache von der Geschicklichkeit der Beteiligten und nicht vom Zufall, das ist vom Wirken unberechenbarer, dem Einfluß der Spieler entzogener Ursachen, abhing.

(1. Sen. v. 4. Nov. 1927; 1 D 679/27.) [A.]

---

in Übereinstimmung mit den vorentwickelten Grundsätzen richtig dahin entschieden, daß die Prokuristen nach § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. zu bestrafen sind, wenn die Bankkunden bei Erteilung ihrer Aufträge wußten oder voraussetzten, daß die Prokuristen eine derartige Stellung in der Bankfirma einnahmen, daß in Wahrheit ihnen die Abwicklung der Aufträge oblag. Denn selbstverständlich setzt die Anwendung des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 voraus, daß ein Vertrauensverhältnis nicht nur zwischen Bank und Kunde, sondern auch zwischen Prokurist und Kunde besteht. Der Kunde muß also die tatsächliche Lage der Dinge übersehen können, er muß wissen, in wessen Hände er sich begibt, d. h. daß er sich in die Hände des Prokuristen begibt. Überprüft er die Sachlage nicht, geht er nachher zur Bank, so kann nunmehr dem ungetreuen Prokuristen gegenüber § 266 Abs. 1 Ziff. 2 nicht zur Anwendung gebracht werden, ein Resultat, das nicht zu vermeiden, wenn auch nicht zu begrüßen ist. Daß der Entwurf eine Verbesserung des geltenden Rechts bringt, mag zum Schluß noch bemerkt werden. Bestimmt doch sein § 348: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.“ Da § 348 nicht voraussetzt, daß die Verfügungsbefugnis auf eine mit dem Eigentümer des fremden Vermögens abgeschlossen ist, da er ferner nicht voraussetzt, daß die mißbräuchliche Verfügung im Rahmen der Verfügungsmacht ergangen ist, so ergibt sich, daß alle rechtswidrigen Verfügungen von Prokuristen unter § 348 fallen.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

Zu 36 u. 37. Die beiden Entsch. bringen zur Judikatur über das Glücksspiel an sich nichts wesentlich Neues. Wertvoll sind sie vielmehr nur als Beispiele dafür, mit welcher Genauigkeit die tatrichterlichen Feststellungen getroffen werden müssen. Denn von ihnen, die sich auf die objektiven Merkmale des Spiels bzw. der Spielapparate und auf die subjektiven Eigenschaften der Spieler zu erstrecken haben, hängt es ab, ob ein im Ergebnis hauptsächlich vom Zufall abhängendes Glücksspiel oder ob ein Geschicklichkeitsspiel vorliegt (vgl. auch JW. 1928, 812 Anm. Nr. 33).

Prof. Dr. Honig, Göttingen.

37. § 284 StGB. Die Entsch. darüber, ob ein Spiel mit einem sogenannten Bajazzoapparat als Glücksspiel zu beurteilen ist, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab, unter denen das Spiel stattfindet, insbesondere von der Beschaffenheit des Apparates und von den Eigenschaften des Durchschnitts der zum Spielen zugelassenen Personen.†)

Bei den mit dem Bajazzoapparat Nr. 1 des Angekl. von 10 Polizeibeamten nach bestem Können vorgenommenen 100 Probespielen wurden nur 19% Treffer erzielt, während erst bei 36% Treffern ein Verlust vermieden wird; der Durchschnitt des die Spielhalle des Angekl. besuchenden Publikums — überwiegend einfache Leute und unerfahrene jugendliche Personen — war nicht in der Lage, ein wesentlich höheres Ergebnis zu erzielen; im Gegenteil war die Beteiligung jugendlicher und solcher Spieler, die, ohne den Apparat zu kennen und ausprobieren zu dürfen, nur einige wenige Spiele wagten, besonders geeignet, das Durchschnittsergebnis von 19% noch erheblich herabzumindern. Die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen[1]) waren also gegeben. Die Einwendungen der Revision greifen nicht durch. Völlig abwegig ist der Satz, es komme nicht darauf an, ob ein ungeschickter Spieler oder ein Anfänger im Spiel kein Ergebnis erziele, sondern es komme „der Durchschnittsspieler, der mit dem Apparat umzugehen wisse“, als „Normaltypus“ in Frage. Nicht die Ergebnisse, die ein mit dem Apparat vertrauter Durchschnittsspieler erzielen kann, sondern die Ergebnisse, die von dem Durchschnitt der am Spiel beteiligten Personen erzielt werden können, sind maßgebend. Setzt sich dieser letztere Personenkreis nicht aus „Durchschnittsspielern“ sondern aus minder erfahrenen, ungeschickten Personen zusammen, dann kann auch ein Spiel, das sich, von hinreichend Spielkundigen gespielt, als Geschicklichkeitsspiel darstellt, zum Glücksspiel werden. Ohne jede Bedeutung ist es deshalb auch, daß mit dem Apparat des Angekl. bei Anwendung eines gewissen Kunstgriffs bis zu 75% Treffer erzielt werden können, da eben der Durchschnitt der in der Spielhalle des Angekl. verkehrenden Spieler den Kunstgriff nicht kannte und keine Gelegenheit hatte, durch vorhergehendes Ausprobieren des Apparats ihn sich anzueignen. Wie der Sachverständige bekundet hat, sind die sog. Bajazzoapparate keineswegs alle gleich eingerichtet. Es gibt Apparate, mit denen — bei sonst gleichen Voraussetzungen — erheblich mehr Treffer erzielt werden können als bei dem Apparat Nr. 1 des Angekl. Erwägt man hierzu noch, daß die Ergebnisse auch durch die Eigenschaften des Durchschnitts der am Spiel beteiligten Personen beeinflußt werden, so ist ohne weiteres klar, daß die Frage, ob ein mit einem Bajazzoapparat veranstaltetes Spiel als Glücksspiel zu beurteilen ist, von den jeweiligen tatsächlichen Verhältnissen abhängt, unter denen das Spiel stattfindet. Das RG. hat niemals allgemein ausgesprochen, daß das Spiel mit Bajazzoapparaten kein Glücksspiel sei. Es hat vielmehr seine Entsch. auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Einzelfalls getroffen und insbesondere in den Entsch. RG. v. 13. April 1915, V 1287/15 und v. 3. Febr.

---

[1]) Siehe obige Entsch.

1920, V 665/19 die Annahme eines Glückspiels gebilligt. Wenn der Angekl. im gegebenen Fall trotz der festgestellten Kenntnis der maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse angenommen hätte, daß ein Glücksspiel nicht vorliege, so würde es sich um einen Irrtum über den strafrechtlichen Begriff des Glücksspiels, also um einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum handeln.

(1. Sen. v. 4. Nov. 1927; 1 D 701/27.) [A.]

38. § 284 StGB. Begriff des Glücksspiels. „Hubertus"-Fuchsjagd-Schießautomat als Glücksspiel.

Der Begriff des Glücksspiels ist nicht verkannt. Nach den Feststellungen des LG. sind die sämtlichen „Hubertus"-Fuchsjagd-Schießautomaten in Wirtschaften zur allgemeinen Benutzung aufgestellt. Wenn nun weiter gesagt wird, die Möglichkeit, „seine Geschicklichkeit im Treffen zu üben", werde „auf das engste begrenzt", so kann damit nur gemeint sein, daß bei dem Spiele mit den genannten Apparaten für beliebig welche und wie viele — wenn auch nicht alle — in Betracht kommenden Spieler die Erwirkung des Gewinnerfolges nicht von ihrer Geschicklichkeit, vielmehr von ursächlichen Zusammenhängen abhing, die ihrer Berechnung und Willensbestimmung entzogen waren. Ob daneben für andere Personen der Gewinnerfolg durch ihren Willen und durch ihre Geschicklichkeit erzwingbar war, ist rechtlich ganz gleichgültig.

Unter solchen Umständen genügte zur Annahme, daß ein Glücksspiel vorliege, schon die Feststellung, daß die Aussicht, einen Treffer zu erzielen, „fast völlig" dem Zufall anheimgegeben sei. Mit ihrer gegenteiligen Ansicht setzt sich die Rev. in Widerspruch zu der Rspr. des RG., nach der es ausreicht, daß der Spielerfolg im wesentlichen oder hauptsächlich vom Zufall abhängig ist (RGSt. 25, 192, 193; zu vgl. 43, 155). Ob solche Voraussetzung gegeben ist, kann immer nur nach den gegebenen Verhältnissen, unter denen gespielt wird, vom Tatrichter beurteilt werden (zu vgl. RGSt. 62, 163, 166). Hier hat das LG. erkennbar angenommen, daß für die überwiegende Mehrzahl der Spieler ein reines Zufalls- und kein Geschicklichkeitsspiel gegeben war, weil sie lediglich darauf angewiesen waren, den zur Herbeiführung des Gewinnerfolges gebotenen Zeitpunkt des Abdrückens instinktmäßig zu erraten, ohne seine Bestimmung errechnen zu können.

(3. Sen. v. 28. Juni 1928; 3 D 397/28.) [A.]

39. § 284 b StGB. Das in einem „Bajazzoapparat" befindliche Geld kann eingezogen werden.†)

Die Einziehung des in dem beschlagnahmten Apparat enthaltenen Geldes auf Grund des § 284 b StGB. ist nicht zu beanstanden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Bajazzoapparat i. S. des Gesetzes als „Spieltisch" bezeichnet werden kann. Jedenfalls besteht kein Bedenken gegen die Annahme, daß der Unternehmer, der den Bajazzoapparat aufgestellt hat, um aus dem mit ihm veranstalteten Glücksspiel Gewinn zu ziehen, gegenüber der Gesamtheit der Spieler als „Bankhalter", das Geldbehältnis des Bajazzoapparats als „Bank" und das darin befindliche Geld als „in der Bank befindlich" anzusehen ist. Angesichts des Umstandes, daß beim Spiel mit dem Bajazzoapparat die als Einsätze in den Apparat geworfenen Geldstücke zugleich dazu bestimmt sind, die Kugel in Bewegung zu setzen, von deren Lauf der Erfolg des Spiels abhängt, kann in diesem besonderen Fall das Geld auch zu den „Spieleinrichtungen" gerechnet werden.

(1. Sen. v. 13. Jan. 1928; 1 D 1208/27.) [A.]

Zu 39. Zu der Entsch. ist nichts Besonderes zu bemerken. Die Annahme, daß das in dem Bajazzo-Apparat befindliche Geldbehältnis eine „Bank" i. S. des § 284 b ist, halte ich für richtig, sofern der Spielhalter aus diesem Behältnis Gewinne auszahlt. Diese Annahme trägt allein schon die Entsch. Es bestehen m. E. aber auch keine Bedenken, im vorl. Falle das von den Spielern beigebrachte Metallgeld vom Augenblick des Einwurfs an zu den „Spieleinrichtungen" zu zählen, da es auf den Mechanismus des Apparates einwirkt.

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

39a. § 348 StGB. Die Gesprächsblätter im Fernsprechdienste der Postverwaltung sind öffentliche Urkunden.†)

Nach der tatsächlichen, rechtlich bedenkenfreien Annahme der Strafkammer sind die Gesprächsblätter zunächst für den inneren Dienst der Postverwaltung bestimmt, dann aber auch in der Hauptsache dazu, den einzelnen Fernsprechteilnehmern einen Beweis für die von ihnen geführten Ferngespräche und die von ihnen hierfür zu zahlenden Gebühren zu liefern, d. h. der Postverwaltung in diesen Richtungen den Nachweis gegenüber den Fernsprechteilnehmern durch Mitteilung der Gesprächszettel an sie zu ermöglichen. Soweit hiernach zwei Zweckbestimmungen der Gesprächsblätter angenommen sind, liegt kein Widerspruch vor; beide Bestimmungen können nebeneinander bestehen. Dann sind aber die Gesprächsblätter, selbst wenn sie nicht öffentliche Urkunden wären, mindestens Privaturkunden, die zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen erheblich sind. Dieser letzteren Voraussetzung würde es für die Anwendung des § 348 Abs. 2 StGB. nicht einmal bedürfen, da nach der Rspr. des RG. unter diese Bestimmung Urkunden jeder Art fallen, und zwar sogar auch solche, die nur der geschäftlichen Kontrolle im inneren Dienste einer Behörde dienen (RGSt. 38, 46; 49, 32, 34). Die Eigenschaft der Gesprächsblätter als Urkunden im Sinne der angeführten Bestimmung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Postverwaltung grundsätzlich kein Doppel dieser Blätter zurückbehält. Das Vorhandensein eines Zweitstückes ist nicht rechtliches Erfordernis für den Begriff der Urkunde.

Aber auch die Annahme der Voraussetzungen des § 348 Abs. 1 StGB. begegnet nach dem festgestellten Sachverhalt keinen rechtlichen Bedenken. Dies gilt zunächst, soweit die Strafkammer die Gesprächsblätter als öffentliche Urkunden gewürdigt hat. Öffentliche Urkunden sind solche, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Der Angekl. ist Oberpostsekretär. Nach den Urteilsfeststellungen gehörte es zu seinen dienstlichen Obliegenheiten, gelegentlich auch selbst Fernsprechverbindungen herzustellen, in diesen Fällen auch selbst die Gesprächsblätter auszufüllen und auf Grund dieser Blätter die erforderlichen Eintragungen in die Gebührennachweise und Monatsbücher vorzunehmen. Die Form, in der die Gesprächsblätter aufzunehmen sind, ist durch die Allgemeine Dienstanweisung für Post und Telegraphie, Abschn. V, 6, und zwar durch den § 32 das. in seiner jetzt geltenden Fassung vorgeschrieben. In dieser Form hat der Angekl. nach der ersichtlichen Beweisannahme der Strafkammer in drei oder vier Fällen Gesprächsblätter auf den Namen des Kaufmanns H. in N. angefertigt. Allerdings stellt nicht jede schriftliche Bemerkung, die ein Beamter nach den für ihn maßgebenden Vorschriften zu machen hat, eine Beurkundung im Sinne des Strafgesetzes dar. Die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde kommt vielmehr nur solchen Vermerken zu, die dazu bestimmt sind, unter öffentlichem Glauben ein für und gegen jeden Dritten voll beweisendes Schriftstück herzustellen. Soll dagegen die amtliche Feststellung einer Tatsache nach der maßgebenden Vorschrift nicht diesem Zwecke dienen, sondern lediglich für den inneren Dienstverkehr, zur Herstellung von Ordnung und Übersicht in der Geschäftsführung, zur Überwachung der Beamten oder zur gegenseitigen Kontrolle amtlicher Stellen bei geschäftlichem Verkehr bestimmt sein, so stellt der Beamte durch sie, auch wenn sie im übrigen allen äußeren Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde entspricht, doch keine solche öffentliche Urkunde her, weil es an dem staatlichen Willen gebricht, dieser Feststellung öffentlichen Glauben beizumessen (RGSt. 52, 268, 269). Welche Bestimmung der schriftliche Vermerk im

Zu 39a. Im Ergebnis ist der Entsch. zuzustimmen, nicht aber in allen Teilen der Begründung. Die Anwendung des § 348 Abs. 2 auf den mitgeteilten Sachverhalt scheint mir sogar fehlerhaft zu sein. Von den dort vorgesehenen Handlungen kann nur ein Verfälschen in Betracht kommen, und das liegt nicht vor. Der Angekl. hat die Gesprächsblätter nicht nach ihrer Herstellung durch einen anderen Beamten inhaltlich abgeändert (etwa durch Eintragung einer längeren Dauer der Ferngespräche und einer entsprechend höheren Gebühr), sondern er hat die Formulare selbst ausgefüllt, demnach eine echte Urkunde mit unwahrem Inhalt her-

einzelnen Falle hat, ist an der Hand der jeweils maßgebenden Vorschrift zu entscheiden. Wie bereits dargelegt ist, ist die Zweckbestimmung der Gesprächsblätter für den inneren Dienst der Postverwaltung nur eine nebensächliche. Ihre hauptsächliche Zweckbestimmung ist, wie schon daraus hervorgeht, daß sie nach § 33 der angeführten Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie, Abschn. V, 6 den Fernsprechrechnungen an die Fernsprechteilnehmer in Urschrift beigefügt werden müssen, ein weitergehender. Der Angekl. beurkundete innerhalb des Rahmens seiner amtlichen Zuständigkeit fälschlich Tatsachen, die an sich rechtlich erheblich waren, nämlich die, daß Ferngespräche unter der Nummer des anrufenden Teilnehmers zu der im Gesprächsblatt vermerkten Zeit nach einem anderen Orte unter der Nummer des anzurufenden Teilnehmers angemeldet worden waren, ferner, daß die Verbindung hergestellt war und daß alsdann ein Ferngespräch von der im Gesprächsblatt vermerkten Dauer stattgefunden hatte. Schon deshalb waren die Angaben auf den Gesprächsblättern nicht nur für den anrufenden, sondern auch für den angerufenen Teilnehmer von rechtlicher Bedeutung, und zwar für den ersteren unter anderem insofern, als sie die Grundlage für die Berechnung der von ihm geschuldeten Fernsprechgebühr bildeten, für den letzteren insofern, als sie den Beweis zu liefern geeignet waren, daß zu der im Gesprächsblatt vermerkten Zeit zwischen seiner Sprechstelle und der des Anrufenden ein Ferngespräch in der angegebenen Dauer stattgefunden hatte, also einen Beweis, der in einem bürgerlichen Rechtsstreite oder auch in einem Strafprozesse von rechtlicher Bedeutung sein konnte. Hiernach sind die Vermerke über die darin angegebenen Tatsachen, die der Angekl., den angeführten Vorschriften der Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie scheinbar entsprechend, auf den Gesprächsblättern fälschlich beurkundet hat, dazu bestimmt, zu öffentlichem Glauben ein für und gegen jeden Dritten beweisendes Schriftstück darzustellen (vgl. für die rechtsähnlichen Fälle der Ausfertigung erdichteter Drahtnachrichten durch einen Telegraphenbeamten RGSt. 30, 238, 239; 31, 42, 43; 46, 286, 287).

(1. Sen. v. 22. Juni 1928; 1 D 519/28.) [D.]

**40. § 356 StGB. Begriff „dieselbe Rechtssache". Bezüglich des subjektiven Tatbestandes ist davon auszugehen, daß das Merkmal „dieselbe Rechtssache" ein strafrechtlicher Begriff, das Merkmal der „Pflichtwidrigkeit" ein außerstrafrechtlicher Begriff ist: die sich hieraus für den subjektiven Tatbestand ergebenden Folgerungen.†)

Das freisprechende Urteil der StK. ließ sich nicht aufrechterhalten. Nach ihm ist schon zweifelhaft, ob die StK. den Begriff „dieselbe Rechtssache" nicht zu eng gefaßt hat. Jedenfalls reichen die getroffenen Feststellungen nicht aus, um dem Beschwerdeführer gegenüber den inneren Tatbestand des § 356 StGB. zu verneinen.

1. „Dieselbe Rechtssache", um die es sich in allen drei vom LG. erwähnten Prozessen zwischen den Altsitzern L. und ihrem Sohne handelte, war das Altenteilsverhältnis, gleichviel welcher einzelne daraus erwachsene Anspruch den Streitgegenstand des einzelnen Prozesses bildete, und ob zu seiner Entstehung erst das Hinzutreten neuer Tatsachen mitgewirkt hatte (vgl. RGSt. 60, 298 [299 ff., 301], 302 [304 a. E., 305]). Wollten die Eltern wegen der angeblich vom Sohne verschuldeten Zerrüttung des Altenteilsverhältnisses die Ablösung ihres Rechts gegen eine Geldrente mit Hilfe des Angeklagten erwirken, so durften oder mußten sie u. U. die sittlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Ursprünge der eingetretenen Unhaltbarkeit des beiderseitigen Zustandes, ihren Beitrag dazu, ihre Wünsche, Ziele und Befürchtungen klarlegen. Damit wurde der Angekl. Vertrauensperson der Eltern bez. des von dem Altenteilsverhältnis umfaßten Kreises von Rechtsinteressen. Dieser wurde damit im gegebenen Falle bestimmend für den Begriff „dieselbe Rechtssache".

Daß hiernach der Gegenstand des ersten sowie der der Klagerweiterung des letzten der drei Rechtsstreite „dieselbe Rechtssache" i. S. des § 356 StGB. betraf, hat die StK. ohne Rechtsirrtum bejaht. Ob sie es bez. des ursprünglichen Anspruchs dieses letzten Prozesses bedenkenfrei verneinen konnte, läßt sich nach den Urteilsfeststellungen nicht mit ge-

---

gestellt. Selbst wenn er die Gesprächsblätter mit der (vollständigen oder abgekürzten) Unterschrift eines anderen Beamten oder mit einem erdichteten Namen gezeichnet haben sollte, könnte der § 348 Abs. 2 nicht angewendet werden, weil dieser Tatbestand eine amtlich anvertraute oder zugängliche, folglich eine schon vorhandene echte Urkunde voraussetzt. Auf diesem Standpunkt steht auch der 3. Sen., der den § 348 Abs. 2 auf einen Beamten angewendet hat, der in ein Strafprozeßregister falsche Einträge gemacht hatte (RGSt. 38, 46—51. Diese Entsch. ist übrigens mit Recht allgemein abgelehnt worden; vgl. Freiesleben i. Komm. v. Olshausen, Note 15c zu § 348).

Auf den vorliegenden Fall kann daher nur der § 348 Abs. 1 angewendet werden. Er verlangt eine falsche Beurkundung. Darunter ist zunächst eine echte Urkunde mit unwahrem Inhalt zu verstehen. Denkbar wäre auch eine unwahre Urkunde mit falscher Unterschrift; daß die Gesprächsblätter unecht gewesen sind, läßt sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen. Aber selbst wenn sie nicht echt gewesen wären, ließe sich § 348 Abs. 1 anwenden, weil der Angekl. als hierfür zuständiger Beamter rechtlich erhebliche Tatsachen (die angemeldeten und ausgeführten Gespräche und die dafür geschuldeten Gebühren) falsch beurkundet hat. In den sich hierauf beziehenden Teilen der Begründung stimme ich mit dem RG. überein. Die einzige noch übrigbleibende Zweifelsfrage ist, ob ein Gesprächsblatt eine öffentliche Urkunde ist. Die Frage ist zu bejahen, aber nicht aus den in der Entsch. angegebenen Gründen. Inneramtliche Urkunden sind freilich nicht öffentlich. Aber sind nur solche Urkunden als öffentlich anzusehen, die dazu bestimmt sind, unter öffentlichem Glauben für und gegen jeden „Dritten" Beweis zu liefern? Dann könnten doch z. B. Eisenbahnfahrkarten keine öffentlichen Urkunden sein, weil sie doch ausschließlich dazu bestimmt sind, den Anspruch des Inhabers auf die Beförderung zu beweisen. Noch enger ist die Beweisbestimmung bei Fernsprechzetteln; denn sie sollen nur den Anspruch der Post auf die vom Inhaber des Fernsprechanschlusses geschuldete Gebühr dartun. Die vom RG. hervorgehobene Möglichkeit, auch für den Gesprächsempfänger Beweis zu liefern, kann zugegeben werden; hierfür sind die Gesprächszettel aber nicht bestimmt. In dieser Weise wird man inneramtliche und öffentliche Urkunden nicht voneinander unterscheiden können. Man muß von der Funktion der Urkunde für einen Akt der Behörde nach außen hin Beweis zu liefern ausgehen, darf aber nicht Beweisbestimmung für und gegen jedermann verlangen. Aber nicht jede außeramtliche Urkunde ist öffentlich, sondern nur dann, wenn sie einen Akt der Behörde als Organ zur Ausübung der Staatsgewalt, als Autoritätsorgan bezeugt. Nicht jeder Staatsakt ist ein Staatshoheitsakt. Betreibt der Staat z. B. ein Bergwerk, eine Schiffswerft, ein Verkehrsunternehmen, so kann den sich auf diesen Betrieb beziehenden Urkunden über privatrechtliche Rechtsgeschäfte öffentliche Eigenschaft nicht beigelegt werden. An sich scheint diese Voraussetzung auch bei den in Frage stehenden Gesprächszetteln zuzutreffen. Man muß aber bedenken, daß ein solcher Zettel nicht nur privatrechtlichen Inhalt hat, sondern einen öffentlich-rechtlichen Autoritätsakt der Post beurkundet. Die Gesprächszettel sind Belege zur Fernsprechrechnung, die von der Post nicht bei den Gerichten eingeklagt, sondern von ihren Beamten unmittelbar zwangsweise beigetrieben wird. Als Beilagen zu einem Vollstreckungstitel beurkunden sie demnach einen Akt der Staatsgewalt und sind aus diesem Grunde als öffentliche Urkunden anzusehen, aber nicht, wie das RG. meint, weil sie für und gegen jedermann Beweis zu liefern bestimmt sind; eine solche Funktion ist ihnen nicht beizulegen und sollen sie nach ihrer Bestimmung auch nicht haben. Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

Zu 40. Den Begriff „derselben Rechtssache" behandelt das RG. als einen strafrechtlichen Rechtsbegriff, obwohl er auch in § 31 Ziff. 2 RAO. vorkommt. Wenn man die reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum für richtig hält, wird man wohl zu diesem Ergebnis kommen. Denn wenn jeder Irrtum des Täters entschuldbar wäre, auf Grund dessen er die Identität der Rechtssache verneinte, so würde der Schutz des § 356 StGB. gegen Parteiverrat auf sehr schwachen Füßen stehen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß gerade die RAO. durch die Worte des § 31 Ziff. 2 „wenn die Berufstätigkeit in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei im entgegengesetzten Interesse gewährt ist" einen Fingerzeig für die Begrenzung „derselben Rechtssache" abgibt. Es ist nämlich daraus entnehmbar, daß es nicht ausschlaggebend auf die Identität des Prozesses ankommt, sondern auf die Identität der Tatsachen, die der Rechtsbeistand auf Veranlassung der Partei zur Kenntnis nehmen und zu ihren Gunsten verwerten soll. Diese Tatsachen darf er dann nicht im entgegengesetzten Sinne verwerten (Kasuistik hierüber bei Friedlaender, RAO.[3] § 31 N. 11). Wenn eine Partei dem Anwalt generell den Auftrag zur Erledigung aller Rechtsangelegenheiten gibt, so soll er alle diese Rechtsverhältnisse möglicherweise begründenden Tatsachen zur Kenntnis nehmen und verwerten. Er kann dann keinen Prozeß gegen diese Partei annehmen (gl. M. Friedlaender a. a. O.; Binding, Lehrb. 2, 581 N. 5a). Umgekehrt kann eine Partei einen Anwalt nur zu einem Versäumnisurteil (im Parteiprozeß) bevollmächtigen. Dann steht nichts im Wege, daß der

nügender Sicherheit beurteilen. Handelte es sich, wie die StK. annimmt, nicht um ein außerhalb des Altsitzerrechts liegendes Mietverhältnis, so konnte eine — befugte oder unbefugte — Inbesitznahme der streitigen Räume durch die Eltern auf Grund ihres Altenteilsrechts in Frage kommen. Solchenfalls konnte die Identität der Rechtssache gegeben sein.

2. Bez. des inneren Tatbestandes des § 356 StGB. ist zu unterscheiden zwischen dem Merkmal „dieselbe Rechtssache“ und dem der „Pflichtwidrigkeit“. Ersteres ist ein strafrechtlicher Begriff, der Irrtum darüber also unbeachtlich; letzteres wurzelt — abgesehen von den in ihm enthaltenen Bestandteil „dieselbe Rechtssache“ — im § 31 Nr. 2 RAO., ist also außerstrafrechtlich (RGSt. 60, 298 [301, 302]). Ein Widerspruch in der Rspr. des RG., insbes. zwischen RGSt. 58, 247 und RGE. III 86/26 v. 25. März 1926 kommt nicht in Frage. Sie geht eindeutig dahin:

a) Kennt der Täter diejenigen Tatsachen, aus denen sich bei zutreffender rechtlicher Beurteilung für beide Mandate das Vorliegen derselben Rechtssache ergibt, so kommt es auf seine Annahme, es handele sich um verschiedene Rechtssachen, nicht an. Kennt er diese Tatsachen nicht, oder — auf den vorliegenden Fall abgestellt — sind sie bei Übernahme oder Fortführung des zweiten Mandats seinem Gedächtnis entschwunden, so schützt ihn der § 59 StGB.

b) Wäre hiernach von dem Bewußtsein des Täters bez. des Vorliegens derselben Rechtssache auszugehen, so wird regelmäßig die Übernahme des zweiten Mandats gegen seine Anwaltspflicht i. S. des § 31 Nr. 2 RAO. verstoßen. Notwendig ist dies indessen nicht, da der § 31 Nr. 2 Vertretung entgegengesetzter Interessen erfordert, was zum Beispiel im Fall des Einverständnisses der früheren Auftraggeber entfallen kann (RGSt. 45, 305 [309]). An sich genügt auch hier für den inneren Tatbestand die Kenntnis der den Interessengegensatz und somit die Pflichtwidrigkeit begründenden Tatsachen (RGSt. 58, 247 [248]). Gleichwohl würde den Täter trotz Kenntnis dieser Tatsachen der irrige Glaube an eine dem § 31 Nr. 2 RAO. vorgehende Amtspflicht zur Vertretung der Gegenpartei nach § 59 StGB. schützen, da der Begriff der Pflichtwidrigkeit auf außerstrafrechtlichem Gebiet liegt (RGSt. 60, 298 [302]).

Daß dieser letzte Fall hier nicht in Frage kommt, bedarf keiner Erörterung. Nach den getroffenen Feststellungen konnte es sich somit nur um zwei Fragen handeln, nämlich: 1. Wußte der Angekl. bei Übernahme oder Fortführung des — ursprünglichen oder erweiterten — zweiten Mandats nicht mehr, daß er im ersten Rechtsstreit die Altsitzer mit dem Anspruche auf Ablösung des Altenteils gegen eine Rente vertreten hatte? 2. Wenn er dies noch wußte, erkannte er dann nicht die Entgegengesetztheit der hier und dort zu vertretenden Interessen?

Daß objektiv ein solcher Interessengegensatz vorlag, scheint das LG. nicht zu bezweifeln und folgt auch ohne weiteres aus seinen tatsächlichen Feststellungen. Der Umstand, daß in beiden Prozessen Ablösung des Altenteils gegen eine Geldrente verlangt wurde, erschöpft die Frage der Gegensätzlichkeit der Interessen nicht. Ihre Bejahung ergibt sich schon daraus, daß im ersten Falle die Eltern die Ablösung mit dem schuldhaften Verhalten des Sohnes zu begründen bestrebt waren, während es sich im zweiten Falle umgekehrt verhielt. Im ersten Falle mußte der Angekl. bemüht sein, zugunsten der schuldlos zur Aufgebung ihres Heims genötigten Eltern einen möglichst hohen Ablösungswert zu verfechten; im zweiten Falle mußte er den umgekehrten Gesichtspunkt vertreten. Auch bei dem ursprünglichen Anspruch des späteren Mandats konnte ein Interessengegensatz gegenüber dem ersten Rechtsstreit vorliegen, sofern das eine Mal lieblose und vertragsbrüchige Verkümmerung der Altsitzerrechte durch den Sohn, das andere Mal rechtswidrige Übergriffe der Altsitzer diesem gegenüber geltend zu machen waren.

Eine zweifelsfreie Beantwortung der aufgeworfenen beiden Fragen, die für die Entscheidung des Straffalls ausschlaggebend sind, ist aus dem Urteile nicht zu entnehmen. Auch wenn der Angekl. bez. des Inhalts des Vorprozesses „auf sein Gedächtnis angewiesen“ war, brauchte dieses nicht zu versagen. Daß es versagt habe, stellt das LG. nicht fest. Wenn der Angekl. über den Inhalt jenes Vorprozesses sich durch Beratung mit seinem Bürovorsteher Aufklärung zu verschaffen für angebracht gehalten hatte, so entsann er sich also jenes Mandats. Welche „beruhigende“ Angabe der Bürovorsteher ihm gemacht oder über welche Tatsache der Angeklagte bez. des Gegenstandes des Vorprozesses geirrt hätte, sagt das Urteil nicht. Daß der Angekl. bewußt in „derselben Rechtssache“ das Mandat der Gegenpartei übernommen und fortgeführt hätte, ist hiernach nicht zweifelsfrei verneint.

Wäre es aber zu bejahen, so bleibt unerfindlich, in welcher Richtung der Angekl. dann über seine Anwaltspflicht zur Ablehnung des zweiten Mandats geirrt haben könnte, deren Gebot er doch auf den Vorwurf des Gegners sofort befolgt hat. Die StK. bewegt sich insoweit in unbestimmten Redewendungen, der Angekl. habe „an eine Prüfung der Zulässigkeit (nämlich seines Tuns) nicht gedacht“, L. habe ihn „über die Zweifel der Zulässigkeit beruhigt“, „die Umstände hätten ihn verleitet, die Gefahr eines Interessenwiderstreits und eines Treubruchs zu übersehen“. Die allein entscheidende Tatsache, daß der Angekl. — wenn überhaupt er sich des Inhalts des Vorprozesses noch bewußt war — nicht erkannt hätte, jetzt die Altsitzer gerade der Sabotage des Altenteilsverhältnisses zu beschuldigen, die er dort dem Sohne zur Last gelegt hatte, ist aus diesen unbestimmten Wendungen nicht zu entnehmen.

Hiernach war entsprechend dem Antrage des Oberreichsanwalts auf Aufhebung des angefochtenen Urt. zu erkennen.

(3. Sen. v. 10. Mai 1928; 3 D 1142/27.) [A.]

2. Strafrechtliche Nebengesetze.

41. Für die Anwendung der Vorschriften des § 8 RepSchG. genügt bedingter Vorsatz.

Die Strafkammer hat in erschöpfender und von Widerspruch freier tatsächlicher Auslegung die Beziehung der Kundgebungen des Angekl., in denen der Eröffnungsbeschluß Verstöße gegen § 8 Ziff. 1 und 2 RepSchG. erblickt, auf die verfassungsmäßig festgestellte republikanische Staatsform des Reichs und auf die Reichsfarben verneint. Dabei tritt ein Rechtsirrtum nirgends zutage. Insbesondere entspricht es der ständigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung, daß nicht jede Beschimpfung von Mitgliedern einer republikanischen Regierung des Reichs eine Herabwürdigung der republikanischen Staatsform enthält, wie sie zu einer Verurteilung auf Grund des § 8 Ziff. 1 RepSchG. erforderlich ist. Die Strafkammer hat auch die Grundsätze beachtet, die in der Entsch. RGSt. 57, 209 aufgestellt sind. Mit ausdrücklichen Worten bemängelt die Rev. nur unzureichende Erörterung des inneren Tatbestands,

---

Anwalt von einer anderen Partei das Mandat übernimmt, eine Widerspruchsklage oder eine Vollstreckungsgegenklage gegen die Vollstreckung des Versäumnisurteils zu erheben (vgl. Friedlaender a. a. O. S. 177).

Diese Auslegung des Ausdrucks „dieselbe Rechtssache“, welche an der Hand der Worte „im entgegengesetzten Interesse“ auf die verschiedene Beurteilbarkeit der zur Information (i. w. S.) gehörigen Tatsachen abstellt, deckt sich nicht ganz mit der Deutung der Worte „in derselben Rechtssache“ in GoltdMat. 2, 701 zu § 329 PrStGB. Diese Materialien erklären, es sei hier, verschieden von den früheren Entwürfen, welche nur von Rechtsstreit sprachen, allgemeiner von Rechtssachen die Rede, also die Ausdehnung über die nur kontradiktorisch zu verhandelnden Streitigkeiten auf alle Rechtsangelegenheiten erfolgt, bei denen zwei ein entgegengesetztes Interesse verfolgende Parteien vorkommen könnten. Diese Wendung deutet mehr auf die Identität des Verfahrensgangs hin, während das RG. mit Recht diese Identität eines Streitverfahrens (i. w. S.) nicht für maßgebend hält (vgl. RGSt. 58, 247 [50]; 60, 298 f.; 60, 302 f.). Das vorliegende Erkenntnis scheint „dieselbe Rechtssache“ ebenso zu verstehen wie wir, indem es zur Begründung ausführt, was der Umfang der Information in den Prozessen für die erste Partei u. U. gewesen ist. Der Angekl. sei dadurch Vertrauensmann der Erstpartei bezüglich des von dem Altenteilsverhältnis umfaßten Kreises von Rechtsinteressen geworden. — Nicht besonders klar drückt sich über die Frage der Identität RGSt. 60, 304 aus: entscheidend sei die Identität des dem Auftrag zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und der davon umfaßten materiellrechtlichen Interessen.

Im weiteren Verlauf entwickelt das RG. den schon in RGSt. 58, 249 erörterten Gedanken, daß ein tatsächlicher oder ein außerstrafrechtlicher Irrtum über die Pflichtwidrigkeit der Annahme des Mandats der zweiten Partei vorsatzausschließend wäre. Zu gleichem Ergebnis gelangt man bei Ablehnung der Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum, wenn man sagt, daß bei dem hier in Frage stehenden Irrtum der Täter den durch § 356 geschützten Interessen gar nicht feindselig gegenübertritt.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

insofern die Strafkammer nicht geprüft habe, ob der Angekl. mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Richtig ist, daß für die Anwendung der in Betracht kommenden Vorschriften des RepSchG. bedingter Vorsatz genügt. Rechnet der Täter bei einer Beschimpfung der Regierungsmitglieder mit der Möglichkeit, daß sie in der Empfindung der Hörer als eine Herabwürdigung der festgestellten republikanischen Staatsform des Reichs wirke, und billigt er diese Wirkung, so ist der innere Tatbestand des § 8 Ziff. 1 RepSchG. erfüllt. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Ziff. 2 dieser Vorschrift, wenn der Täter, der die Farben Schwarz-Rot-Gold als Farben des sich nach ihnen benennenden „Reichsbanners" beschimpft, mit der Möglichkeit rechnet, daß die Hörer seine Äußerung als gegen die Reichsfarben gerichtet auffassen, und wenn er mit diesem Erfolge für den Fall seines Eintritts einverstanden ist.

(1. Sen. v. 3. Febr. 1928; 1 D 1006/27. [A.]

42. § 8 Nr. 2 RepSchG. Beschimpfung der Reichsfarben durch den Ausruf „Mostrich".

Der Angekl. hat mit Bezug auf die Reichsfarben, welche ein an der Strandpromenade von A. nach H. vorbeifahrendes Auto führte, das Wort „Mostrich" ausgerufen. Ohne ersichtlichen Rechtsirrtum findet die StK. in diesem Ausruf das Merkmal der Beschimpfung i. S. des § 8 Nr. 2 RepSchG., da der Angekl. durch den „bekanntesten Schmähruf gegenüber den Reichsfarben" in Betätigung einer „niedrigen rohen Gesinnung" seine Mißachtung der Reichsfarben kundgegeben habe. Unberechtigt ist das Verlangen der Rev., daß es noch der Feststellung besonderer „Nüancen" bedurft hätte. Ebensowenig ist von Erheblichkeit, ob der Ausruf auf eine staatsfeindliche Gesinnung des Angekl. zurückzuführen war. Auch das Bewußtsein des Angekl. von dem beschimpfenden Charakter seiner Äußerung ist rechtlich bedenkenfrei dargelegt. Die Öffentlichkeit der Beschimpfung ergibt sich aus der Feststellung, daß sich auf der Strandpromenade noch weitere unbekannte Personen befanden, wodurch die Möglichkeit bestand, daß diese die Kundgebung hörten. Des Nachweises, daß die weiteren unbekannten Personen kein zusammenhängender Personenkreis waren, bedurfte es nicht. Der Ausruf erfolgte so laut, daß ihn sogar die Insassen des Autos, trotz des Motorengeräusches, und der Zeuge B. auf eine Entfernung von etwa 30—50 m hören konnten. Genauer brauchte die Hörweite nicht festgestellt zu werden.

(2. Sen. v. 30. April 1928; 2 D 152/28.) [A.]

43. Handeln aus „Gewinnsucht" i. S. § 4 Ziff. 2 der preuß. VO. über die Gewährung von Straffreiheit v. 21. Aug. 1925.†)

Da die Beschuldigung eine Zuwiderhandlung gegen § 8 Ziff. 3 des Ges. v. 21. Juli 1922 zum Gegenstande hat und eine anderweite rechtliche Beurteilung der Tat nach dem Ermittelungsergebnis nicht in Frage kommt, ist das Verfahren durch § 1 Abs. 1 Ziff. 1 der VO. über die Gewährung von Straffreiheit in Preußen v. 21. Aug. 1925 (PrGS. 1925, 105) niedergeschlagen, es sei denn, daß einer der im § 4 Ziff. 2 daselbst bezeichneten Ausnahmefälle Platz greift. Das trifft nach der Ansicht des erk. Sen. nicht zu. Für die Annahme, daß der Angekl. die Tat „aus Roheit" oder — sofern nicht ein Handeln „aus Gewinnsucht" vorliegt — „aus einem sonstigen niedrigen Beweggrunde" begangen hat, fehlt jeder Anhalt. Aber auch ein Handeln „aus Gewinnsucht" läßt sich nicht feststellen. Es fehlt an jedem Hinweis darauf, daß der Angekl. für das Unterlassen der ihm obliegenden Anzeige als solches irgendwelche Vergütung erwartet, verlangt oder zugesichert erhalten hat; der Beweggrund, der ihn von der Erstattung der Anzeige abgehalten hat, ist überhaupt völlig ungewiß. Er kann z. B. ebensowohl in einer bei ihm vorhandenen Gleichgültigkeit oder in der Abneigung, andere einer Bestrafung auszusetzen, wie in dem Wunsche, das in Aussicht stehende Geschäft nicht zu gefährden, gelegen haben. Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß der letztgenannte Beweggrund für den Angekl. überwog, so kann doch nicht jedes Bestreben, ein angebahntes Kaufgeschäft zum Abschluß und zur Durchführung zu bringen, ohne weiteres als ein Handeln „aus Gewinnsucht" betrachtet werden. Vielmehr wäre dazu mindestens erforderlich, daß sich der Täter von dem betreffenden Geschäft nach dessen Umfang oder besonders günstigen Bedingungen einen das im regulären Handel übliche Maß erheblich überschreitenden Gewinn versprach — eine Voraussetzung, für die hier jeder Anhalt fehlt. Dagegen erscheint es unzutreffend, den Willen bei einem Handelsgeschäft in den gewöhnlichen Grenzen Gewinn zu erzielen, mit dem Willen sich zu „bereichern" i. S. der Allgem. Verf. des Preuß. Justizministers v. 21. Aug. 1925 zu Ziff. III (PrJMinBl. 1925, 280) allgemein gleichzusetzen. Das Verfahren ist somit durch die VO. v. 21. Aug. 1925 niedergeschlagen.

(2. Sen. v. 16. Febr. 1928; 2 D 996/27.) [D.]

Zu 43. I. Zu der Amnestiefrage hat jedes mit der Sache befaßte Gericht, auch das RevG., von Amts wegen Stellung zu nehmen, nötigenfalls auf Grund eigener Sachuntersuchung (RGSt. 59, 56, 55, 231).

II. Gewinnsucht i. S. von § 27a StGB. ist Vergils „auri sacra fames", ist „die Steigerung des berechtigten Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß. Sie ist vorhanden, wenn das Verlangen des Täters nach Gewinnerzielung ihn mit solcher Gewalt beherrscht, daß er ihm hemmungslos unterliegt, ohne auf die Schranken zu achten, deren Innehaltung Gesetz und Recht, geschäftlicher Anstand und die schuldige Rücksicht auf seine Mitmenschen von ihm fordern". Sie braucht „keine bleibende Eigenschaft des Täters zu sein, kann vielmehr, auch nur zuweilen, selbst nur ein einziges Mal in die Erscheinung treten" (RGSt. 60, 306, 307).

A. M.: Hellwig, Geldstrafengesetz, Anm. 23 zu § 27a: Verschaffen oder Erhalten *jeden* Vermögensvorteils oder Ersparen von Auslagen genügen; Frank und Ebermayer: notwendig ist eine dauernde Gesinnung, ein dauernder seelischer Zustand.

In Übereinstimmung mit RGSt. 60, 306, 307 führt die vorliegende Entsch. aus, daß, wer einen Gewinn erstrebt, der das im regulären Handel übliche Maß nicht erheblich überschreitet, nicht aus Gewinnsucht handelt. Das mag ein Handeln aus Eigennutz sein, das gem. § 4 RGes. über Straffreiheit v. 17. Aug. 1925 (RGBl. 313) die *dort* vorgesehene Amnestierung ausschließt.

RA. Dr. Jonas, Altona.

43a. 1. Welche Anhaltspunkte kommen für die Angemessenheit der Vergütung für die Vermietung von Räumen in Betracht?

2. Darf der Vermieter Räumungskosten auf den nachfolgenden Mieter abwälzen?

3. Unter welchen Umständen ist die Forderung einer Sicherheit für die mit dem Mieter vereinbarten Leistungen unangemessen?†)

Nach den Feststellungen kann keine Rede davon sein, daß der Angekl. den Mietern die Erlegung einer Sicherheitsleistung und die Zahlung eines Beitrages zu den durch die Räumung der Wohnung erwachsenen Kosten nur „anheimgestellt" hätte. Er hat diese Beträge gefordert und, soweit es zum Abschluß eines freien Mietvertrages gekommen ist, vereinbart und teilweise angenommen. Soweit diese Forderungen unangemessen waren, wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß es sich um freie Mietverträge handelte, und daß den Mietern frei stand, das Mieteinigungsamt anzurufen.

Die Frage, ob Raumwucher vorliegt, ist ausschließlich

Zu 43a. Die vorstehend zu § 49a MSchG. ergangene Entsch. des 1. StS. des RG. v. 17. Febr. 1928 ist der Zeitfolge nach die zehnte der in dieser Anmerkung zusammengestellten Entsch. des RG. in Strafsachen zu der gleichen Frage.

Die Vorschriften der §§ 49a und b MSchG. gehören zu den wichtigsten Bestimmungen des Miet- und Wohnungsnotrechts, sie betreffen alle Arten von Raumwucher, sie gelten für alle Neu-, Um- und Einbauten, für Wohn- und Geschäftsräume, nicht nur für Gebäude und Gebäudeteile, sondern auch für Plätze, nicht nur für die Miete, sondern auch für die Pacht und die Raumleihe. Die Art des Raumes und die Art des Vertrages sind für die Anwendbarkeit unerheblich.

Nach § 52 Abs. 3 MSchG. sollten die obersten Landesbehörden allgemeine Grundsätze über die Gesichtspunkte aufstellen, die unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, für die Beurteilung und Angemessenheit des Mietzinses i. S. des § 49a MSchG. von Bedeutung sind. Das hat aber nur Sachsen in dem Erlasse des sächs. JustMin. v. 16. Mai 1927: JMBl. 1927, 63/64 getan, während Anhalt (Amtsblatt 1927, 285 und 367), Lippe (GS. 1927, 280/81), Preußen (Volkswohlfahrt 1927, 1109/10), Thüringen (GS. 1927, 186) sich darauf beschränken, die von den StS. des RG. in den damals vorliegenden Urt. v. 11. März und 13. Juni 1927 ausgesprochenen Grundsätze für maßgebend i. S. des § 52 Abs. 3 MSchG. zu erklären. Diese Urteile werden in den vorerwähnten Amts-, Ministerialblättern und Gesetzessammlungen als eine eingehende „umfassende systematische Darstellung der in Frage kom-

nach § 49a MSchG. zu beurteilen, da die dem Angekl. zur Last gelegten Handlungen nach dem Inkrafttreten dieser Vorschrift begangen sind. Hiernach ist zu prüfen, ob der Angekl. für die mietweise Überlassung von Räumen oder im Zusammenhang damit eine Vergütung gefordert oder angenommen hat, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse als unangemessen anzusehen ist. Wie bereits in der Entsch. RGSt. 61, 130 (131) hervorgehoben wurde, spielen die Gestehungskosten nach dem neuen Recht, in dem der Tatbestand des Raumwuchers nicht mehr auf das Merkmal des übermäßigen Gewinns, sondern auf das Merkmal der Unangemessenheit der Vergütung abgestellt ist, nicht mehr die ausschlaggebende Rolle, wie unter der Herrschaft der PreisTrVO., wenn sie auch, soweit sie überhaupt in Betracht kommen, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Neben ihnen muß namentlich dem objektiven Nutzungswert sowie den persönlichen und Vermögensverhältnissen der einander gegenüberstehenden Vertragsteile eine erhebliche Bedeutung zuerkannt werden. Die Gesetzgebung über Wohnungszwangswirtschaft und Mieterschutz ist gegründet auf soziale Erwägungen, denen zufolge der Gesamtheit der Besitzer von Mieträumen unter Umständen auch Opfer gegenüber der Gesamtheit von Wohnungssuchenden zugemutet werden. Als Maßstab für die Angemessenheit einer Vergütung können Vergütungen dienen, welche unter im übrigen gleichen Umständen von Hauseigentümern gefordert werden, die dem Gedankengang jener Gesetzgebung gerecht zu werden bestrebt sind. Auch die auf der Friedensmiete aufgebaute jeweilige gesetzliche Miete, bei deren Festsetzung die jeweilige allgemeine wirtschaftliche Lage der Hausbesitzer und Mieter schon berücksichtigt ist, sowie die bei den Wohnungs- und Mieteinigungsämtern herrschenden Grundsätze können, wenn auch nicht ohne weiteres für die Frage der Übermäßigkeit des Gewinns (vgl. RGSt. 61, 130 [140—142]), so doch für die Frage der Angemessenheit einer Vergütung Anhaltspunkte bieten.

Bei Zugrundelegung dieser allgemeinen Gesichtspunkte ist die Beurteilung, die das BG. den Handlungen des Angekl. angedeihen ließ, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Nach den Feststellungen hat sich der Angekl. selbst nicht etwa darauf berufen, daß die vereinbarte eigentliche Miete bei Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse zu gering bemessen gewesen sei, und daß er deshalb sich zu Nebenforderungen für berechtigt gehalten habe. Das BG. konnte daher davon ausgehen, daß die vereinbarte eigentliche Miete nach den zur Zeit der Vereinbarung herrschenden Verhältnissen auch vom Standpunkt des Vermieters aus angemessen war. Dann war aber der Angekl. zur Forderung einer besonderen Vergütung neben der Miete nur für den Fall einer besonderen Nebenleistung berechtigt, da sonst die für die mietweise Überlassung der Räume und im Zusammenhang damit geforderte Gesamtvergütung unangemessen wurde.

Unangemessen war hiernach vor allem die Forderung eines Beitrages zu den Kosten der Räumung der Wohnung. Die Feststellungen bieten nicht den geringsten Anhaltspunkt für die Behauptung der Rev., daß der Angekl. die Räumung im Interesse der nachfolgenden Mieter betrieben habe; er betrieb sie vielmehr, weil er den früheren Mieter, der ein säumiger Zahler war, los sein wollte. Die Räumungskosten stellen sich als Schaden dar, der dem Angekl. aus dem Mietverhältnis mit dem früheren Mieter erwachsen ist. Einen solchen Schaden ganz oder teilweise auf den neuen Mieter abzuwälzen, ist, wie das BG. mit Recht angenommen hat, un-

---

menden wesentlichen Gesichtspunkte bezeichnet, in welcher die einzelnen Teile, aus denen sich wirtschaftlich gesehen der Mietzins zusammensetzt, einer gründlichen Prüfung unterzogen werden, z. B. die Frage der Verzinsung des eigenen und fremden Kapitals, der Betriebs- und Instandsetzungskosten, der Hauszinssteuer und in welchen besondere Erwähnung die Behandlung der sog. Abfindungssummen findet". Dabei schreibt immer der folgende Minister die Besprechung des Urt. des RG. durch seinen Kollegen ab, Preußen schließt sich wortgetreu an Anhalt, Lippe und Thüringen an, wobei das anhaltische Staatsministerium den Verf. der Grundsätze gestellt hat. Alle vorgenannten Ministerien übernehmen auch den Satz, wonach die Entsch. des RG. v. 11. März 1927 eine wertvolle Unterlage für die Feststellung der Angemessenheit des im freien Wirtschaftsleben vereinbarten Mietzinses darstellt. In keinem der Erlasse ist aber das Urteil auch nur wiedergegeben, eine eigentümliche Art der Gesetzgebung. Von dem Vorwurf wegen dieser Art von Gesetzmacherei können sich die Regierungen der Länder auch nicht einmal mit dem Hinweis darauf befreien, daß die Mitwirkung der Parlamente für diese Gesetzeswerke verantwortlich sei, und auch die Schnelligkeit, mit welcher umfangreiche und drängende Arbeiten bewältigt werden müssen, kann eine derart oberflächliche Aufstellung von Richtlinien nicht entschuldigen.

Es zeigt sich auch hier wieder, wie wenig folgerichtig es ist, die Regelung des Miet- und Wohnungsnotrechts mehr und mehr den Ländern zu überlassen. Auch im Auslande, insbes. in Frankreich, liegen die Verhältnisse örtlich sehr verschieden, eine Tatsache, die aber eine einheitliche Regelung nicht hat hindern können und auch in Deutschland um so weniger hindern durfte, als gerade das MSchG. i. J. 1923 zahllose mehr oder weniger übereinstimmende örtliche Anordnungen für das ganze Reichsgebiet vereinheitlichte, wenn auch § 52 MSchG. den Weg für die Wiedergabe an die Länder offen ließ.

Mit den beiden vorerwähnten Entsch. des RG. in Strafsachen sind, soweit ich ersehe, bisher 12 Entsch. in Strafsachen veröffentlicht, nämlich 1. v. 11. März 1927, 1 D 57/26: JW. 1927, 1155—1160[23] = RGSt. 61, 130—147 Nr. 38 (enthaltend allgemeine Grundsätze für die Beurteilung der Angemessenheit des Mietzinses gem. §§ 49a, b; 52 Abs. 3 MSchG.); 2. v. 1. April 1927: JurRRspr. 1927, 640 Nr. 1094 (betr. Abfindung für Aufgabe eines Geschäfts); 3. v. 13. Juni 1927, 2 D 12/27: JMBl. 1927, 356—358 Nr. 284 (Inhalt wie zu 1); 4. v. 13. Juni 1927, II 17/27: RGSt. 61, 326—334 Nr. 100 (betr. Abstandssummen und Anwendbarkeit der Irrtumsordnung); 5. v. 23. Juni 1927, III 416/27: RGSt. 61, 346—349 Nr. 104 (betr. Fordern einer Abstandssumme seitens des früheren Mieters gegenüber dem neuen Mieter); 6. v. 21. Okt. 1927, 1 D 752/27: JurRRspr. 1927, 1471/72 Nr. 2262 (betr. vergleichsweise Heranziehung des ortsüblichen Mietzinses); 7. v. 29. Nov. 1927, I 921/27: RGSt. 62, 1—6 Nr. 1 (betr. Anwendbarkeit der Vorschriften des § 49a MSchG. auf Neubauten); 8. v. 9. Jan. 1928, 3 D 979/27: EA. 1928, 666/67 = Hertel (15. Nachtrag), Abt. C S. 117 Nr. 121 (betr. die Notwendigkeit des Zusammenhanges der bei Prüfung des Mietwuchers zu berücksichtigenden Umstände mit der Raumüberlassung); 9. v. 6. Febr. 1928, 2 D 399/27: EA. 1928, 705/06 = Hertel (15. Nachtrag), Abt. C S. 117 a. E. bis 119 Nr. 122 (betr. Abstandsgelder für die Erlaubnis zur Untermiete); 10. das vorstehend abgedr. Urt. v. 17. Febr. 1928, 1 D 1171/27; 11. v. 5. März 1928, 3 D 25/28: GW. 1928, 93 (betr. Raumwucher gegenüber einem Spezialarzte); 12. v. 30. April 1928, 2 D 949/27: EA. 1928, 706 = Hertel (15. Nachtrag), Abt. C S. 121—123 Nr. 124 = MietG. 1928, 110 (Mietausfälle und Raumwucher).

Zu diesen Entsch. treten die Entsch. des 7. ZS. v. 13. Dez. 1927, VII 388/27: JW. 1928, 404/05[8] betr. Leistungswucher bei Übernahme des Baues einer Luxusvilla und des 3. ZS. v. 7. Febr. 1928, III 225/27: RG. 120, 130 a. E., 131—135 Nr. 30 im Auszuge EA. 1928, 704, welche den Begriff der unangemessenen Vergütung i. S. des § 49a MSchG. im Zusammenhange mit einem Baukostenzuschuß erörtert und zugleich die zivilrechtlich wichtige Folge erneut betont, daß der Raumwucher nicht zur Nichtigkeit eines Mietvertrages, sondern nur zur Herabsetzung der Vergütung auf einen angemessenen Betrag führt (vgl. RG. 120, 132 und Meyerowitz: JW. 1927, 55 l. Sp.). Die Entsch. sind großenteils noch zu § 4 der aufgehobenen PreisTrVO. oder wenigstens zugleich auch zu dieser Vorschrift ergangen. Im Anschluß an die Entsch. des 3. ZS. spricht Hertel (15. Nachtrag). Abt. C S. 126/27, Anm. zu Nr. 125 den dringenden Wunsch aus, daß die verschiedenen ZS. und StS. des RG., welche in der Auslegung des § 49a MSchG. zum Teile erheblich voneinander abweichen, bald zu einer einheitlichen Stellungnahme und einheitlichen Formulierung der maßgebenden Rechtssätze gelangen möchten und daß, wenn sich dies durch private Fühlungnahme der einzelnen Senate nicht erreichen läßt, die erste sich bietende Gelegenheit benutzen wird, um einen möglichst den ganzen Fragenkomplex umfassende Entsch. der VerZS. und StS. herbeizuführen. Bei einer für die Praxis so wichtigen und so häufig zur Anwendung kommenden Bestimmung wie derjenigen des § 49a MSchG. sei es für die Rechtssicherheit unerträglich, wenn die verschiedenen Senate des RG., welche mit dieser Materie befaßt werden, bei der Auslegung nicht völlig konform miteinander gehen, es führe zu einer Schädigung des Ansehens des RG., wenn ein Sen. ganz unzweideutig in der Begründung einer Entsch. zu erkennen gebe, daß er die Rechtsauffassung des anderen Sen. nicht teile, ohne selbst abschließend zu der betr. Frage Stellung zu nehmen. Ruth, welcher DWohnA. 1928, 307/08 als „Kostproben der Praxis" die beiden Entsch. des RG. in Strafsachen v. 11. März 1927 und in Zivilsachen v. 13. Dez. 1927 mitteilt, wundert sich, daß in Hausbesitzerkreisen die ungeheure Bedeutung dieser Entsch. bisher nicht klarer erkannt sei. An der ersten der vorerwähnten Entsch. hatte bereits Peschke: JW. 1927, 1935 Anm. zu Nr. 16 in ähnlicher Art Kritik geübt, wie überhaupt die Schärfe der Kritik auffällt, welche von Fachjuristen gegenüber den Urt. des RG. in Fragen des Miet- und

zulässig, da dieser Überwälzung keine Gegenleistung an den neuen Mieter gegenübersteht.

Unangemessen war aber auch die Forderung einer unverzinslichen Sicherheit in der Höhe von 9 bzw. 11 Monatsmieten. Bedenken erregt freilich die uneingeschränkte Annahme des BG., daß Forderungen, die vor dem Eintritt des Wohnungsmangels an Mieter nicht gestellt zu werden pflegten, schlechthin als unangemessen zu erachten seien, und daß dies insbes. auch für die Forderung besonderer Sicherheiten gelten müsse, da das gesetzliche Vermieterpfandrecht nach allgemeiner Auffassung als genügende Sicherheit anzusehen sei. Wenn auch regelmäßig die in den angemessenen Mieten enthaltene Risikoprämie in Verbindung mit dem Vermieterpfandrecht zur Deckung des mit der Vermietung von Räumen verbundenen Risikos bestimmt und ausreichend ist, so lassen sich doch besondere Fälle denken, in denen die Eingehung eines Mietverhältnisses selbst bei Vereinbarung monatlicher Vorauszahlung für den Vermieter ein so außergewöhnliches Risiko bedeutet, daß die Forderung einer besonderen Sicherheit als Gegenleistung für die Übernahme der ungewöhnlichen Gefahr berechtigt erscheinen kann. Dies gilt namentlich dann, wenn im Einzelfall Bedenken hinsichtlich des Eigentumsrechts des Mieters an den eingebrachten Sachen bestehen, da nach der Rspr. die Vorschriften der §§ 1207, 1208 BGB. trotz § 1257 BGB. auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht nicht anwendbar sind. Allein, abgesehen davon, daß die Feststellungen für das Vorliegen solch ungewöhnlicher Verhältnisse keinen Anhaltspunkt bieten, hat das BG. die Unangemessenheit vor allem darin gefunden, daß die Höhe der Sicherheit bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der einander gegenüberstehenden Parteien als eine unangemessene Belastung der Mieter erscheint, daß ferner nach dem Vertrag für die Sicherheit keine Zinsen gewährt werden sollten. In beiden Richtungen ist der Standpunkt des BG. zu billigen. Es geht nicht an, daß sich der Vermieter unter Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, durch die Forderung einer unverzinslichen Sicherheit dem Mieter den Zinsgenuß oder die sonstige Verwertung einer für ihn erheblichen Summe entzieht, sich selbst aber die Zinsen oder einen sonstigen Ertrag verschafft, ohne hierfür eine besondere Gegenleistung zu bieten. Hierin liegt unter allen Umständen ein Zuschlag zu der für die Überlassung der

---

Wohnungsrechts geübt wird (vgl. Ebel 4. Aufl. 1928 S. 233 Bem. 5 zu § 36 MSchG.; Goerres: JW. 1928, 1043 Anm. zu Nr. 8; Hertel, 14. Nachtr. Abt. C S. 69/70 Anm. zu Nr. 97; 15. Nachtr. Abt. C S. 126, 127 zu Nr. 125 und S. 132 a. E., 133 Anm. zu Nr. 127; Krieg: EA. 1928, 700 und GW. 1928, 230 ff.; Lilienthal: MietG. 1928, 84 und GrundE. 1928, 736/38; Ruth: DWohnA. 1928, 307/08). Diese Kritik bezieht sich insbes. auf die Entsch. bezüglich der Fragen, wann die gesetzliche und wann die vertragliche Miete gilt, von wann ab eine neu festgesetzte Miete rückwirkende Kraft hat, welche Befugnis die Polizei bei Obdachlosigkeit hat, wann ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Wohn- und Geschäftsräumen besteht, nicht zuletzt aber auf die hier in Rede stehende Frage des Raumwuchers. Die Entsch. und die Kritik zeigen gleichzeitig, welche Beherrschung des Stoffes des allgemein bürgerlichen und des öffentlichen Rechts und des Strafrechts die richtige Anwendung der Grundsätze des Miet- und Wohnungsnotrechts erfordert. Abgesehen von der Frage der Obdachlosigkeit vermag die Kritik nicht zu überzeugen, was in dem gegenwärtigen Zusammenhange allerdings nicht näher begründet werden kann. Gerade in der Frage der Obdachlosigkeit aber hat das RG. sehr schnell Gelegenheit zu der Erklärung gefunden, daß es in der früheren Entsch. nicht zum Ausdruck habe bringen wollen, was es tatsächlich zum Ausdruck gebracht hat (vgl. RG. 120, 221 a. E., 222 Nr. 51).

Was die verschiedenartige Beurteilung der Raumwucherfrage durch das RG. anlangt, so handelt es sich wohl wie bei den Aufwertungsfragen um eine unvermeidliche Folge der Rechtsentwicklung, für welche nicht das RG., sondern der Gesetzgeber verantwortlich zu machen ist, und es sollte mit Peschke, Volkmar und dem Verf. dieser Anm.: JW. 1927, 1911 r. Sp. besonders nachdrücklich verlangt werden, daß die Länder endlich der Verpflichtung, aus § 52 Abs. 3 MSchG. Grundsätze aufzustellen, nachkommen. Solche Richtlinien können und müssen naturgemäß viel korrektere Bestimmungen enthalten, als sie die Rspr. zu geben vermag. Kommen die Länder dieser Verpflichtung nicht nach, so muß das Reich die Grundsätze aufstellen. Kiefersauer a. a. O. S. 356 Bem. II beschränkt sich auf die resignierte Bemerkung, daß die Rechtslage noch nicht geklärt sei. Mit Ruth kann bejaht werden, daß eine Regelung mit festen Sätzen der jetzigen Regelung vorzuziehen sei. Die gleichmäßig zunehmende Strenge bei der Beurteilung des Raumwuchers gegenüber allen Beteiligten erscheint unvermeidlich, wenn nicht die Vorschriften in der gegenwärtigen Übergangszeit und bei der vorhandenen Raumnot ihre Bedeutung verlieren sollen.

Bei einem Vergleich der vorstehend abgedruckten Entsch. mit den früheren und späteren in Zivil- und Strafsachen fällt auf:

a) Von den zwölf Urteilen des RG. in Strafsachen und von den beiden Urteilen des RG. in Zivilsachen betrifft nur Nr. 5 einen dem Mieter zur Last gelegten Raumwucher. Dieses Urteil gelangt mit einer wenig befriedigenden Begründung zur Verneinung des Raumwuchers. Der Mieter, welcher für die Zeit der Überlassung nicht oder nicht mehr über die Räume zu verfügen berechtigt ist, kann sich nicht des Raumwuchers oder auch nur des versuchten Raumwuchers schuldig machen, sondern eines Betruges, dessen Tatbestandsmerkmale in der Regel aber nicht gegeben sein werden. Die Vorschrift des § 49 a MSchG. reicht danach für zahlreiche Fälle gerade des schlimmsten Wohnungshandels nicht aus. Daß zahlreiche Mieter in völliger Begriffsverwirrung aus der Abgabe von Wohnungen, die sie aufgeben müssen, über die aber, von dem Falle des Wohnungstausches abgesehen, nicht sie, sondern das WA. oder der Hauswirt zu verfügen berechtigt sind, ein einträgliches Geschäft zu machen versuchen, ist allgemein bekannt, Strafanzeigen werden aber anscheinend selten erstattet.

b) § 49 a MSchG. hält die außerhalb des Wohnungswesens aufgehobene PreisTrVO. im wesentlichen aufrecht, wobei die Entsch. des 3. ZS. v. 7. Febr. 1928 im Gegensatze zu den Entsch. der Strafsenate eine Vergütung, die keinen übermäßigen Verdienst darstellt, auch nicht als unangemessen ansehen will. Die JrrtVO. galt für § 4 PreisTrVO., gilt aber nicht für §§ 49 a und 49 b MSchG.

c) Der Friedensmiete wird als einem der Faktoren, welcher für die Festsetzung des Raumwuchers von Bedeutung ist, in den späteren Entscheidungen mehr Gewicht beigelegt als in den früheren.

Die vorstehend abgedruckte Entsch., welche zu diesen allgemeinen Bemerkungen und zu einer Zusammenstellung der bisherigen Rechtsprechung Anlaß gegeben hat, bewegt sich in denselben Bahnen wie die grundlegende Entsch. v. 11. März 1927, auf welche das obige Urteil auch wiederholt Bezug nimmt. Das Urteil hält insbes. daran fest, daß neben dem objektiven Nutzungswert die persönlichen und Vermögensverhältnisse der einander gegenüberstehenden Vertragsteile eine erhebliche Bedeutung haben, ein Gesichtspunkt, der bei Festsetzung der Friedensmiete vom KG. in ständiger Rspr. abgelehnt wird (vgl. RE. v. 25. Nov. 1925, 17 Y 141/25: JW. 1926, 1838[1] r. Sp. = KGJ. ErgBd. 4, 127, 128 Nr. 59). Damit soll aber naturgemäß nicht zum Ausdruck kommen, daß gegenüber besonders zahlungsfähigen Mietern, wie Behörden, Großbanken und Industriekonzernen, unangemessene Forderungen gestellt werden dürfen, hohe Mieten verschlechtern die Wirtschaftslage, und auch Behörden und Banken müssen gegen wucherische Forderungen geschützt werden (vgl. Meyerowitz: JW. 1927, 555 r. Sp. a. E., 556 l. Sp. und die daselbst herangezogenen Entsch.). Daß die auf die Friedensmiete aufgebaute jeweilige gesetzliche Miete ein Faktor von Bedeutung für die Frage der Feststellung des Raumwuchers sein kann, rechtfertigt allein schon mit dem KG., die Verpflichtung des MEA. zur Feststellung oder Festsetzung der Friedensmiete für reine Geschäftsräume auch über den 1. April 1927 hinaus anzunehmen (vgl. die beiden RE. v. 21. Febr. 1927, 17 Y 9/27: JW. 1927, 1164[6] = KGJ. ErgBd. 6, 69—71 Nr. 32 und 17 Y 13/27: KGJ. ErgBd. 6, 97—99 Nr. 39).

Die Art, in welcher das RG. dem Versuche, sich bei beschlagnahmefreien Altbauten durch Vorauszahlung der Miete für die Dauer eines Jahres oder in anderer Form der Sicherheitsleistung eine unangemessene Miete zu verschaffen, entgegentritt, kann nur Billigung erfahren. Der reelle Hausbesitz pflegt sich in dieser Beziehung ohnehin die gebotenen Beschränkungen aufzuerlegen. Die Rentabilität des Hauses soll verbürgt und Risikoprämien werden häufig nicht zu beanstanden sein. Es muß dabei aber besonders sorgfältig geprüft werden, ob es sich nicht lediglich um den Versuch handelt, regelmäßige Aufwendungen, welche in dem einen Jahre größer, in dem anderen geringer sind, und in manchen Jahren ganz fortfallen, zum Anlaß für unangemessene Steigerungen zu nehmen.

Soweit im vorl. Falle Raumwucher angenommen ist, weil der Hauswirt sich für Ausfälle an Miete gegenüber dem neuen Mieter schadlos zu halten bestrebt war, pflegen in dieser Weise allerdings auch häufig Hauswirte vorzugehen, die an sich von wucherischen Forderungen weit entfernt sind. Beim Wohnungstausch ist es eine alltägliche Erscheinung, daß der Hauswirt dem Mieter oder Tauschpartner die Genehmigung zum Tausche nicht erteilen zu können erklärt, solange Mietrückstände vorhanden sind. Ob der Tauschpartner dem Hauswirt unmittelbar oder durch den alten Mieter Zahlung leistet, ist dem Vermieter dabei gleichgültig. Auch sonst sind zuverlässige Hauswirte aber schwer zu überzeugen, daß sie in Fällen, in denen ihnen örtliche Anordnungen die Möglichkeit geben, sich bei freiwerdenden Wohnungen von bestimmter Größe oder mit bestimmter Friedensmiete den neuen Mieter aus den Dringlichkeitsbewerbern auszusuchen, nicht die Bezahlung der rückständigen Miete des exmittierten Mieters von dem neuen Mieter verlangen dürfen. Folgerichtig dürfen solche Ausfälle nicht auf den einzelnen Mieter, insbes. nicht auf einen

Räume geforderten angemessenen Vergütung, durch die eine unangemessene Gesamtvergütung erreicht wird.

(1. Sen. v. 17. Febr. 1928; 1 D 1171/27.) [A.]

II. Verfahren.

1. Strafprozeßordnung.

44. § 52 StPO. **Wenn in einem Strafverfahren wegen Meineids und wegen Anstiftung zu diesem Meineid ein Zeuge zum Meineidigen in einem Verhältnis steht, das ihn nach § 52 StPO. zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, so kann er das Zeugnis auch mit Beziehung auf den Anstifter verweigern. Es handelt sich hierbei nicht um sachlich voneinander unabhängige Straffälle.†)**

Durch die uneidliche Vernehmung der Zeugin Marie T. ist das Gesetz nicht verletzt worden. Marie T. wäre gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO. als Schwester des wegen Meineids angeklagten Hans T. nicht nur hinsichtlich ihres Bruders, sondern auch hinsichtlich der beiden Beschwerdeführerinnen, die wegen Anstiftung zu dem von Hans T. geleisteten Meineid angeklagt waren, zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt gewesen. Denn die Aussage über die Anstiftung zu einem Verbrechen enthält notwendig auch eine Aussage über das Verbrechen, zu dem angestiftet worden ist. Es kann keine Rede davon sein, daß es sich hierbei um mehrere selbständige, sachlich voneinander unabhängige Straffälle handle. Als sachlich voneinander unabhängig können in der fraglichen Hinsicht mehrere Straffälle nur dann gelten, wenn jede Beziehung der den einen Fall betreffenden Aussage auf den anderen Fall und jede Verwertung der ersteren Aussage bei der Entsch. über den letzteren Fall ausgeschlossen ist (vgl. Löwe-Rosenberg, Anm. 3a und b zu § 52 StPO.). Wenn nun auch Marie T. auf das Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet hat, so hing es doch gemäß § 58 StPO. vom richterlichen Ermessen ab, sie im ganzen Umfang unbeeidigt zu vernehmen oder zu beeidigen, da der Fall des § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO. als Voraussetzung der Anwendung des § 58 StPO. hinsichtlich ihrer ganzen Aussage gegeben war (vgl. RGSt. 1, 207).

(1. Sen. v. 15. Nov. 1927; 1 D 737/27.) [A.]

45. §§ 151—157 StPO. **Ein Verbrauch der Strafklage ist nicht gegeben durch rechtskräftige Aburteilung einer Einzelhandlung als einer selbständigen hinsichtlich einer Fortsetzungstat. Bei dieser muß die abgeurteilte Einzelhandlung außer Betracht bleiben.†)**

Das SchöffG. hat das Verfahren eingestellt, weil die Strafklage verbraucht sei. Das ist rechtsirrig. Der Verbrauch der Strafklage soll dadurch eingetreten sein, daß der Angekl. durch das rechtskräftige Urteil des SchöffG. D. v. 11. Aug. 1926 wegen eines Verbrechens der Urkundenfälschung in Tateinheit mit einem Vergehen des Betruges verurteilt sei und die jetzt unter Anklage stehenden Einzelfälle der mit Betrug in Tateinheit zusammentreffenden Urkundenfälschung unter sich und mit dem bereits abgeurteilten Falle im Fortsetzungszusammenhange stünden. Ein solcher Zusammenhang zwischen mehreren Einzelfällen der Privaturkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug ist rechtlich möglich. Ob er vorliegt, hat zunächst der Tatrichter zu entscheiden. Er darf dabei aber nur solche Einzelhandlungen beachten, deren Einbeziehung in den Fortsetzungszusammenhang kein rechtliches Hindernis entgegensteht. Nur wenn so die Fortsetzungstat rechtlich einwandfrei bestimmt ist, läßt sich entscheiden, ob für sie die Strafklage durch ein rechtskräftiges Urteil verbraucht ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn die schon abgeurteilte Tat und die noch unter Anklage stehende Fortsetzungstat eine und dieselbe wären. Bei der Prüfung dieser Voraussetzung ist nun der später erkennende Tatrichter nicht schlechthin frei; in den Bestand des rechtskräftigen Urteils darf er nicht eingreifen. Dieses hat vielmehr allgemein und damit auch den späteren Tatrichter bindendes Recht geschaffen; auch für ihn ist die Auffassung des rechtskräftigen Urteils darüber, ob die diesem zugrunde liegende Handlung eine selbständige Einzel- oder eine Fortsetzungstat ist, maßgebend; hat es eine selbständige Einzelhandlung angenommen, dann darf die gleiche Handlung von dem späteren Richter nicht mehr als unselbständiger Einzelfall einer Fortsetzungstat betrachtet werden (RGSt. 57, 21; 54, 285). Das Urt. v. 11. Aug. 1926 hat aber nur einen Einzelfall, nämlich den entschieden, daß der Angekl. im Februar 1926 das Akzept eines M. F. auf einem Wechsel über 160 RM gefälscht, den gefälschten Wechsel einem Kaufmann B. als echt übergeben und diesen so um 160 RM geschädigt habe. Es hat diesen Fall als eine selbständige Straftat für sich, nicht etwa als unselbständige Einzelhandlung einer Fortsetzungstat, betrachtet. Das letztere lag ihm völlig fern; es dachte nicht an eine Begehung im Fortsetzungszusammenhange und konnte tatsächlich nicht daran denken, weil damals nur dieser einzige Fall bekannt war und nichts für weitere Wechselfälschungen vorlag. Damit stand aber auch für das am 5. Okt. 1927 erkennende SchöffG. rechtskräftig fest, daß der Fall F. für sich ein selbständiges Verbrechen der Urkundenfälschung in Tateinheit mit einem Vergehen des Betrugs bildet. Die Rechtskraft dieser Feststellung verbot ihm, diesen Fall daraufhin zu prüfen, ob er mit den noch zur Aburteilung stehenden Fällen eine fortgesetzte Tat begründet und damit nur eine unselbständige Einzelhandlung einer solchen darstellt. Es stand zwar nichts entgegen, daß das SchöffG. die noch nicht abgeurteilten Einzelfälle als eine einheitliche Fortsetzungstat auffaßt, den Fall F. durfte es aber in den Fortsetzungs-

---

neuen Mieter abgewälzt werden, der, um die Wohnung zu erhalten, auch zu unverhältnismäßigen Opfern bereit sein wird. Die bereits wohnhaften Mieter werden sich aber zu Sonderleistungen aus solchem Anlasse nicht verstehen.

RA. Arthur Meyerowitz, Königsberg i. Pr.

Zu 44. Der Zeuge, der über die Anstiftung zu einem Verbrechen aussagt, sagt damit, wie das RG. zutreffend ausführt, auch über dieses Verbrechen aus. Denn der Anstifter, mag man die Anstiftung als akzessorische Teilnahme oder als Urheberschaft konstruieren, partizipiert immer an der begangenen Tat. Das trifft nicht nur zu bei Verbrechen, die durch den zur Tat Bestimmten als Mittelsperson begangen werden (A. ermordet den B. auf Anstiften des C.), sondern auch bei höchstpersönlichen Verbrechen, die, wie der Meineid, sich der Verübung durch eine Mittelsperson entziehen. Wer also gemäß § 52 StPO. dem physischen Täter gegenüber ein Recht der Zeugnisverweigerung hat, dem steht es auch bez. des Anstifters zu, da er sonst bei dem untrennbaren Zusammenhang zwischen der Anstiftertätigkeit und der Tat des Angestifteten seines Weigerungsrechts insofern verlustig ginge. Auch der Konsequenz, die das RG. aus dieser Rechtslage bez. des § 58 StPO. gezogen hat, ist beizustimmen.

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

Zu 45. Die Entsch. und die in ihr zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung läßt sich nicht aufrechterhalten. Der Tatbestand ist der folgende: Eine konkrete Urkundenfälschung in Idealkonkurrenz mit Betrug ist zur Aburteilung gelangt. Ein weiterer Fall der Urkundenfälschung in Idealkonkurrenz mit Betrug wird zur Aburteilung gebracht. Das SchöffG. stellt das Verfahren ein, weil der zweite Fall mit dem ersten Fall im Verhältnis des fortgesetzten Verbrechens stehe, und weil, da die Aburteilung einer historischen einheitlichen Tat diese Tat in ihrer Gesamtheit sei, auch wenn der Tatrichter sie in ihrer Gesamtheit nicht voll erkannt habe, Verbrauch der Strafklage eingetreten sei. Demgegenüber vertritt das RG. den Standpunkt, Verbrauch der Strafklage sei nicht eingetreten; der erste Richter habe durch sein den späteren Richter bindendes Urteil festgestellt, daß der abgeurteilte Fall eine in sich und für sich selbständige Straftat, nicht etwa eine unselbständige Einzelhandlung eines fortgesetzten Verbrechens sei; daraus ergebe sich, daß die Strafklage hinsichtlich des späteren Vorfalls nicht verbraucht sei. Diese Entsch. ist unzutreffend, steht übrigens auch mit den Grundsätzen, die die Judikatur des RG. in bezug auf das fortgesetzte Verbrechen beherrschen, im Widerspruch. Grundprinzip in der Rechtskraftlehre ist, daß die Rechtskraft den zur Aburteilung gelangten Tatbestand in seiner Totalität ergreift, gleichgültig, ob er in seiner Totalität vom Urteil erkannt und entschieden ist. Dieser Satz gilt für alle Urteile, gleichgültig, ob ein fortgesetztes Verbrechen in Frage steht oder nicht. Daraus ergibt sich, daß das Entscheidende in der Rechtskraftwirkung nicht ist, was der Richter über den Umfang der Tat festgestellt hat. Hier ist maßgebend stets das historische Ereignis, und das etwa nur für einen Teil dieses Ereignisses ergangene Urteil ergreift das gesamte Ereignis. Anders liegen die Dinge, wenn es sich um die Abgeschlossenheit des abgeurteilten Falles anderen Fällen gegenüber handelt. Hier bindet die Entsch. des Gerichts, sie erwächst in Rechtskraft, während die Entsch. über den Umfang der Tat nicht in Rechtskraft erwächst. In dem vorl. Fall hat nun das RG. ganz offenbar verkannt, daß es sich um die Frage des Umfanges, nicht aber der Abgeschlossenheit der Tat

zusammenhang nicht einbeziehen. Es durfte nur prüfen, ob die im Fall F. verübte selbständige Straftat und die ihn nicht umfassende allenfallsige Fortsetzungstat ein- und dieselbe Handlung sind. Die Verneinung dieser Frage ergibt sich zwingend. Daraus folgt weiter, daß die Strafklage für die noch nicht abgeurteilten Einzelfälle noch nicht verbraucht und das Verfahren vom SchöffG. zu Unrecht eingestellt worden ist.
(1. Sen. v. 10. Jan. 1928; 1 D 1152/27.) [A.]

**46. § 158 StPO. Eine schriftliche Erklärung kann auch unter Benutzung eines mechanischen Vervielfältigungsmittels abgegeben werden.†)

Ohne Rechtsirrtum nimmt die StK. an, daß der vorliegende Strafantrag i. S. von § 158 StPO. „schriftlich" gestellt ist, obwohl die unter ihm befindliche Unterschrift nicht handschriftlich vollzogen ist, sondern in einem Abdruck der faksimilierten Unterschrift des Antragstellers besteht. Rein begriffsmäßig und sofern nicht das Gesetz ausdrücklich weitere Anforderungen aufstellt — und das ist im § 158 StPO. nicht geschehen —, liegt in dem Erfordernis der Schriftlichkeit nichts weiter als daß sich neben dem Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, die Person, von der sie ausgeht, aus dem Schriftstück irgendwie ergibt. Daß sich der Urheber der Erklärung gerade durch deren Unterzeichnung mit seinem Namen als solcher zu erkennen gebe, läßt sich aus dem Wesen der „schriftlichen" Erklärung nicht herleiten; es kann das vielmehr an und für sich sowohl an einer anderen Stelle der Erklärung, z. B. in ihrem Eingange, wie auch auf andere Weise als durch Namensnennung zweifelsfrei geschehen. Es könnte sich somit nur fragen, ob eine namentliche Unterzeichnung des Antrages aus anderen Gründen verlangt werden müsse, z. B. weil nur darin der erforderliche Nachweis dafür liege, daß das Schriftstück dem Willen des angeblichen Antragstellers entspreche und auch nicht lediglich einen Entwurf darstelle. Auf diese Frage, die sich in gleicher Weise z. B. für die Einlegung der Revision aufwerfen läßt und dort von dem RG. verneint worden ist (RGSt. 17, 256), braucht aber im vorliegenden Falle nicht eingegangen zu werden, weil sich ja die Namensangabe des Antragstellers unter dem Texte der Erklärung, obschon nur in der Form des Faksimileabdruckes, vorfindet. Das Gesetz begnügt sich für die Form des Strafantrages mit der einfachen Schriftlichkeit. Daraus geht hervor, daß die vorgeschriebene Form nur dazu dienen soll, die Erklärung festzulegen, nicht aber sicherzustellen, daß derjenige, der sie persönlich niedergeschrieben hat, auch derjenige war, in dessen Namen sie erfolgte. Es ist das auch nicht erforderlich, vielmehr anerkannten Rechtens, daß es für die Wirksamkeit des Strafantrages genügt, wenn ein Dritter im Einverständnis des Antragsberechtigten den Antrag niederschreibt und mit dem Namen des Antragsberechtigten unterzeichnet (RGSt. 6, 69). Hiernach fehlt es an jedem Grunde für die Unterstellung, daß das Gesetz unter einer „schriftlichen" Erklärung nur eine solche verstanden wissen will, die der Erklärende unmittelbar mit der Hand durch Schriftzüge hergestellt hat, während er sich irgendeines der im Verkehrsleben bei der Abgabe schriftlicher Erklärungen üblichen mechanischen Vervielfältigungsmittel — wie Schreibmaschine oder Faksimileabdruck — nicht bedienen dürfe. Das Gegenteil ist denn auch von dem RG. in der Entsch. RGSt. 3, 442 angenommen. Daran ist festzuhalten. Daß die Niederschrift des Strafantrages und seine Einreichung bei der Staatsanwaltschaft dem Willen des antragsberechtigten Präsidenten des Landesfinanzamts K., dessen Faksimile-Unterschrift der Antrag trägt, entspricht, ergibt sich aus den Akten des Landesfinanzamts.
(2. Sen. v. 23. Febr. 1928; 2 D 74/28. [A.]

**47. §§ 204, 211 StPO. Wenn durch Beschluß gemäß § 204 StPO. bei Einheit der Handlung die Strafverfolgung unter Beschränkung auf bestimmte, tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte abgelehnt worden ist, so wird die Strafklage nicht verbraucht. Das gilt nicht für den Fall, in dem unter solcher falschen Spaltung die Strafverfolgung durch Urteil abgelehnt worden ist.†)

Die Staatsanwaltschaft hat die Rev. gem. § 335 StPO. statt der Berufung gegen das Urt. des Schöffengerichts eingelegt. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist trotz der Vorschrift in § 340 StPO. gegeben, weil der Grundsatz ne bis in idem, dessen Verletzung in der Rev. gerügt wird, ebensowohl dem Strafrecht als dem Verfahrensrecht angehört (RGSt. 49, 170, und die dort angeführten Entsch.) und auf

handelt. Dieser Irrtum ist um so auffallender, als das RG. selbst darauf hinweist, daß der erste Richter die Frage des fortgesetzten Verbrechens gar nicht behandeln konnte, weil der weitere Fall, bezüglich dessen der zweite Richter Fortsetzungszusammenhang annahm, bei der ersten Aburteilung überhaupt noch nicht bekannt war. Infolgedessen konnte auch der erste Richter eine Entsch. über die Selbständigkeit der Abgeschlossenheit des ersten Vorfalles gar nicht fällen, da die Relation zu anderen Vorfällen nicht in Frage stand. Die Relation zu anderen Handlungen ist aber das Entscheidende in der Feststellung betreffend die Selbständigkeit resp. Abgeschlossenheit der Handlung. Die Entscheidung über den Umfang betrifft dagegen nur die Ausdehnung der Tat in ihrem historischen Geschehnis.

Die Entsch. des RG. steht aber auch, wie wir bereits hervorgehoben, mit seiner eigenen Judikatur in Widerspruch. Denn auch das RG. erkennt den Satz an, daß, wenn der Angekl. wegen fortgesetzten Verbrechens verurteilt ist, er späterhin nicht noch wegen nachträglich bekanntgewordener Einzelakte des Gesamttatbestandes verfolgt werden kann, da Identität der Handlung vorliegt. Nun geht jedes Urteil von einem Tatbestand aus, den es als eine beendete, insoweit in sich abgeschlossene Handlung ansieht. Das gilt in unserem Fall so gut wie in dem hier erwähnten Fall, in dem auch das RG. Identität der Tat annimmt. Es ist daher überhaupt nicht einzusehen, warum dieser Fall anders behandelt werden soll als der in der vorl. Entsch. behandelte Fall. Bindet wirklich die Entsch. des ersten Richters den zweiten Richter dahin, daß der erst abgeurteilte Fall den zweiten nicht mit umschließt, obwohl der erste Richter den zweiten Fall gar nicht gekannt hat, so bindet in der Tat die Entsch. über den Umfang. Dann aber muß sie auch binden, wenn der Richter zunächst eine fortgesetzte Handlung angenommen hat. Denn auch dann hat der Richter eine Entscheidung über Beginn und Ende der Handlung getroffen und hat negativ (hierin liegt sein tatsächlicher Irrtum) angenommen, daß keine weiteren Einzelakte der Handlung existierten. Es gibt mithin nur die Alternative: Entweder ist die Ansicht des RG. in unserem Fall zutreffend, dann läßt sich seine weitere Auffassung nicht halten. Oder diese trifft zu, dann ist unsere Entsch. falsch. Da nun die bisherige Auffassung des RG. allein mit den anerkannten Sätzen über die Rechtskraft der gerichtlichen Entsch. in Einklang steht, ist die vorliegende Entsch., die sich übrigens zu Unrecht auf nicht hierher gehörige Entsch. beruft, abzulehnen. Festzuhalten ist vielmehr an dem Satz: Die Identität der Tat wird niemals durch einen Irrtum des Richters über den Umfang eben der Tat berührt. Eine Entsch. über die Selbständigkeit einer Handlung setzt ihre ausdrückliche Abgrenzung von anderen, zur Zeit der Aburteilung mithin bekannten anderen Fällen voraus.

Daraus ergibt sich für das fortgesetzte Verbrechen: Nimmt der erste Richter Fortsetzungszusammenhang zu bestimmten Handlungen nicht an, lehnt er ihn vielmehr ausdrücklich ab, so bindet diese Entsch. den späteren Richter, der Identität der Tat nicht mehr annehmen kann.

Geht der erste Richter, wie im vorl. Fall, auf die Frage des Fortsetzungszusammenhanges nicht ein, so kann der spätere Richter in weiteren zu seiner Entsch. gestellten Tatbeständen Einzelakte der bereits abgeurteilten Handlung erblicken. Er muß, da Identität der Tat vorliegt, wegen der weiteren Vorgänge einstellen.

Geht der erste Richter von einem fortgesetzten Verbrechen aus, so ist die Entsch. dieselbe: Kommen weitere Einzelakte zur Entsch. vor den späteren Richter, so hat dieser das Verfahren einzustellen, da wiederum Identität der Tat vorliegt (vgl. zum Ganzen Gerland, Deutscher Strafprozeß S. 435).

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

Zu 46. Die Verallgemeinerung der in der Entscheidung ausgesprochenen Grundsätze auf Strafanträge von Privatpersonen dürfte bei der präzisen Vorschrift des § 158 StPO. und mit Rücksicht auf die notwendige Sicherheit, daß der Strafantrag auch wirklich dem Willen des Antragstellers entspricht, nicht unbedenklich sein. Zur Gewährleistung dieser Sicherheit wird ja bei „mündlichen Anträgen" an zuständiger Stelle ausdrücklich auch deren „Beurkundung" gefordert. Es dürfte sich empfehlen, für den Regelfall daran festzuhalten, daß als „schriftlich angebracht" nur ein Schriftstück gilt, das von dem Antragsteller „unterzeichnet" ist (RG. 3 S. 442), zumal die Erlangung einer faksimilierten Unterschrift oder eines Namensstempels seitens eines unbefugten Dritten sehr leicht erreichbar ist. Da es sich aber in vorl. Sache um einen aktenmäßig belegten Strafantrag von amtlicher Stelle handelt, würde die Beanstandung der Entscheidung einen überschüssigen Formalismus bedeuten.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 47. I. Die vorl. Rev. war auf die Rüge der Verletzung des Satzes „ne bis in idem" gestützt. Da sie eine Sprungrev. ist, erscheint ihre Zulässigkeit durch die Vorschrift des § 340 StPO. bedroht. Das RG. will ihre Zulässigkeit dadurch retten, daß es dem Satze „Ne bis

die Verletzung solcher gemischten Rechtsnormen, die nicht nur verfahrensrechtlich sind, die in § 340 StPO. vorgesehene Einschränkung keine Anwendung findet.

Das Rechtsmittel ist aber auch sachlich begründet. Das angefochtene Urteil geht von der richtigen Ansicht aus, daß eine durch einen Eid gedeckte, eine Mehrheit von falschen Bekundungen enthaltende Aussage nur als ein Meineid oder fahrlässiger Falscheid betrachtet werden kann (vgl. RGSt. 61, 225), und es zieht daraus auch mit Recht den Schluß, daß es unzulässig war, wenn die StK. entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft durch Beschl. v. 27. Juli 1927 den Angekl. in vierzehn Punkten aus dem tatsächlichen Grunde mangelnden Beweises außer Verfolgung gesetzt und durch Beschl. v. 28. Juli 1927 das Hauptverfahren wegen fahrlässigen Falscheids eröffnet hat. Zu beanstanden ist dagegen die im angefochtenen Urteil hieraus gezogene Folgerung. Die Staatsanwaltschaft hat gegen den nach § 204 StPO. ergangenen Beschl. v. 27. Juli 1927 kein Rechtsmittel nach § 210 StPO. eingelegt. Ist ein nach § 204 ergangener Beschl. unanfechtbar geworden, so kann nach § 211 StPO. die Klage wegen derselben Tat nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden. § 211 StPO. enthält nicht bloß eine Weisung, die die Staatsanwaltschaft bei der Frage erneuter Anklageerhebung beachten soll, vielmehr ein zwingendes verfahrensrechtliches Verbot, das den Angekl. gegen eine neue Klagerhebung wegen derselben Tat, von der Ausnahme der Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel abgesehen, unbedingten Schutz gewährt (RGSt. 46, 67, 69). Das setzt aber — was das angefochtene Urt. verkennt — voraus, daß ein solcher Beschl. an sich geeignet war, das eingeleitete Verfahren wegen der einen Tat endgültig abzuschließen. Der Beschl. v. 27 Juli 1927 hat den Angekl. aber nicht wegen der Anschuldigung, am 3. Jan. 1927 in Ch. vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde, nämlich dem AG. in Ch. ein falsches Zeugnis mit seinem Eide bekräftigt zu haben, und zwar, indem er die Handlung aus Fahrlässigkeit beging, überhaupt oder in vollem Umfange außer Verfolgung gesetzt, vielmehr diese Anordnung ausdrücklich auf bestimmte, in dem Beschl. näher angegebene, Teile der Aussage beschränkt. Infolge dieser Beschränkung verneint der Beschl. nicht die Zulässigkeit eines Hauptverfahrens zur Entsch. über den staatlichen Strafanspruch, er verbraucht nicht die Strafklage. Dies hat das RG. bereits mehrfach in solchen Fällen ausgesprochen, in denen durch einen Beschl. nach § 204 StPO. die Strafverfolgung unter Beschränkung auf bestimmte Gesichtspunkte abgelehnt worden war (RGSt. 46, 218; 48, 89, 91; 49, 243, 246; 50, 370, 373 f.). Ob der Richter eine einheitliche Handlung rechtlich oder tatsächlich falsch spaltet, macht aber keinen Unterschied.

Dem steht RGSt. 61, 225 nicht entgegen. Denn in ihm ist ein Fall entschieden, in dem der Richter diese Spaltung nicht in einem nach § 204 StPO. erlassenen Beschl., vielmehr in einem Urt. zu Unrecht vorgenommen hatte, und gerade aus der Natur des Urt. ist der Schluß gezogen worden,

---

in idem" Doppelbedeutung (strafrechtliche und strafprozeßrechtliche) zuspricht und somit in der Rüge auch eine — nach § 340 statthafte — „materiellrechtliche" Rüge erblickt. Demgegenüber muß behauptet werden, daß der Glaube an die angebliche Doppelbedeutung der Rechtskraft, so traditionell er sich auch durch die Rspr. hindurchschleppt, irrig ist; die Rechtskraft hat mit dem Strafrecht gar nichts zu tun, sondern ist ausschließlich ein Institut des Strafprozeßrechts (vgl. mein neues Lehrbuch des Strafprozeßrechts 1928 § 56 III).

Dem Ergebnis: daß eine auf Verletzung des „Ne bis in idem" gestützte Sprungrevision zulässig sei, ist freilich zuzustimmen. Dies aber deshalb, weil § 340, wenn er Stützung auf Verfahrensrügen (außerhalb des Bereiches von 358) ausschließt, an solche Verfahrensverstöße nicht mitgedacht hat, die a. A. wegen zu prüfen sind; auf Rüge solcher Verstöße kann auch die Sprungrevision gestützt werden (vgl. mein genanntes Lehrbuch § 81 a. E. Anm. 2).

II. Das angefochtene Schöffengerichtsurteil hatte auf „Einstellung des Verfahrens" gelautet, weil dem Verfahren Rechtskraft entgegenstehe. Dieser Tenor war, das Bestehen von Rechtskraft vorausgesetzt, richtig gefaßt. Es wäre unrichtig gewesen, ihn dahin zu fassen, „die Strafverfolgung werde für unzulässig erklärt". Denn wenn in der Praxis bisweilen behauptet worden ist, derartige Fassungen seien trotz § 260 I Satz 2 zulässig, so steht dem nicht bloß der Text dieser Gesetzesbestimmung entgegen, sondern es ist auch verkannt, daß die (hier in Rede stehende „formale") „Einstellung des Verfahrens" und die „Unzulässigkeit der Strafverfolgung" im Verhältnis von Folge und Grund stehen und derart zusammengehören, daß die Entsch. auf die „Einstellung" zu lauten, und die „Unzulässigkeit der Strafverfolgung" als den Grund der Einstellung anzugeben hat. Unrichtig wäre es auch gewesen, wegen Rechtskraft auf „Freisprechung" zu erkennen. Das ist allgemein anerkannt. Die Anhänger der Lehre von der „materiellrechtlich-prozeßrechtlichen" Doppelbedeutung der Rechtskraft müßten freilich eigentlich zu dem Ergebnis gelangen, daß im Zweitprozeß auf „Freisprechung und Einstellung" zu erkennen sei. Indem sie anerkennen, daß nur einzustellen ist, lassen sie die angebliche strafrechtliche Wirkung der res judicata fallen. Ein Zeichen dafür, daß diese Wirkung eben nicht besteht.

III. Eine andere Frage war, ob die Einstellung durch Urteil auszusprechen war. Die herrschende Lehre bejaht dies wegen § 260 I Satz 1 StPO., kommt aber dabei bekanntlich in Schwierigkeiten wegen § 260 II, wo lediglich die Einstellung wegen Strafantragsmangels genannt ist. M. E. zeigt der Zusammenhalt von § 260 I § 260 II deutlich, daß nur die Einstellung wegen Strafantragsmangels in Urteilsform, andere Einstellungen dagegen in Beschlußform zu erfolgen haben. Und das hat sehr guten Sinn. Wird in der Hauptverhandlung erkannt, daß das Verfahren unstatthaft ist, so hätte dieses eben nicht soweit gedeihen, sondern längst, und dann durch Beschluß, eingestellt werden sollen; wenn dann doch eine — unnötige — Hauptverhandlung abgehalten worden ist, weshalb soll dieser überflüssigen Hauptverhandlung zu Ehren ein Urt. notwendig sein? Wenn das Gesetz für Einstellungen wegen Strafantragsmangels eine Ausnahme macht (Urt.), so ist dies deshalb wohlverständlich, weil derartige Entsch. in Wahrheit Sachentscheidungen mit Vorbehalt sind, nämlich Freisprechungen hinsichtlich des Charakters der Tat als Offizialdelikts unter Offenlassung der Frage, ob sie als Antragsdelikt strafbar sei (mein Lehrbuch § 50 V 2). Freilich, da nun einmal das Schöffengericht ein „Urteil" gesprochen hatte, war die Rev. das einschlägige Rechtsmittel.

IV. Die Gründe, aus denen das RG. in obiger Entsch. der Rev. stattgibt, sind samt der daraus gezogenen Folgerung als durchaus richtig anzuerkennen. Richtig ist zunächst, daß die beeidete Aussage des jetzt Angekl. mit allen den Einzelthematen, auf die sie sich bezieht, einen einheitlichen Prozeßgegenstand bildet, der keine Spaltung, keine Aufteilung auf mehrere Entsch. im selben Prozeß (oder gar auf mehrere Prozesse) verträgt. Richtig ist ferner, daß demgemäß der eine solche Teilung vollziehende Nichteröffnungsbeschluß v. 27. Juli 1927 unzulässig war. Richtig ist endlich, daß dieser, trotzdem er unanfechtbar wurde, keine materielle Rechtskraft (auch nicht die dabei in Rede stehende auflösend bedingte Rechtskraft des § 211) entfaltete, und somit auf Grund des Eröffnungsbeschl. v. 28. Juli 1927 dem Verfahren derart Fortgang zu geben war, daß hier (ohne Rücksicht auf das verunglückte Experiment v. 27. Juli, das einzelne Elemente des Prozeßgegenstandes über Bord werfen wollte), die Tat ganz aufzurollen ist. (Das letztere ist doch wohl der Sinn der Entsch.) Anzumerken ist nur Folgendes:

1. Das RG. erkennt hier die Möglichkeit an, daß eine gerichtliche Entsch. (und zwar sogar eine unanfechtbare) ipso jure nichtig (absolut unwirksam) sein kann. Es bedient sich zwar dieser Ausdrücke nicht; aber es schiebt eben den Beschluß v. 27. Juli 1927 als unbeachtlich beiseite, behandelt ihn also als unwirksam.

2. Worin aber wurzelt nun diese Unwirksamkeit? Darin allein, daß die Entsch. nicht hätte ergehen sollen, daß sie prozeßrechtlich unstatthaft war, gewiß nicht. Denn gegen unzulässige Entsch. eröffnet die StPO. die Anfechtbarkeit mit Rechtsbehelfen, und wo sie keine solchen zur Verfügung stellt, will sie es grundsätzlich in den Kauf genommen wissen, daß die Entsch. fehlerhaft war. So sehr auch die Möglichkeit „absoluter Nichtigkeit" von Gerichtsentscheidungen anzuerkennen ist, so müssen es doch immer besondere Gründe sein, die eine „unzulässige" Entsch. als eine sogar ipso jure nichtige ansprechen erlauben. Nun mag man ohne weiteres zugeben, daß die Einheit und Zusammengehörigkeit des ganzen Prozeßgegenstandes der StPO. so wichtig ist, daß Spaltungen nicht nur unzulässig, sondern auch unwirksam sind; daß sich also der Prozeßgegenstand ihnen gegenüber in seiner Ganzheit behauptet. Aber was bedeutet das? Dem Gedanken, daß der Prozeßgegenstand in allen seinen Stücken geschlossen beisammen bleibt, würde ebensosehr dadurch genügt sein, daß man a) der „spaltenden" Entscheidung eben deshalb, weil sie spaltet, die rechtliche Bedeutung versagt; wie auch dadurch, daß man b) umgekehrt das prozeßrechtliche Geschick, das die Entsch. selbst nur einen Teil des Prozeßgegenstandes bereiten will, auf den Prozeßgegenstand als Ganzes erstreckt. In obiger Entsch. scheint nun das RG. von der Auffassung a) auszugehen: dem Nichteröffnungsbeschluß v. 27. Juli 1927 wird deshalb die Bedeutung abgesprochen, weil er „ungeeignet" war, seinen Zweck zu erreichen, indem er das von ihm ins Auge gefaßte Stück der Angelegenheit nicht isoliert abtun konnte und das jenseits liegende nicht abtun wollte. Aber müßten solche Erwägungen nicht dazu führen, daß auch der Eröffnungsbeschluß v. 28. Juli 1927 der Unwirksamkeit anheimzufallen hätte? Auch er wollte sichtlich das Hauptverfahren nur für den nicht schon durch den Beschluß v. 27. Juli ausgeschiedenen Rest des Prozeßgegenstands eröffnen, und damit war doch auch er

daß die Rechtskraft der weiteren Strafverfolgung entgegenstehe. Auf diesen wesentlichen Unterschied zwischen Urt. und Beschl. hatte schon RGSt. 48, 89, 91 nachdrücklich hingewiesen. In einem ähnlichen Falle, in dem ein Beschl. nach § 204 StPO. vorlag, hat auch der 3. StS. den hier vertretenen Standpunkt eingenommen (Urt. v. 23. Febr. 1928, 3; 944/27 v. Brandt).

Hiernach hat das Schöffengericht die Einstellung des Verfahrens auf Grund rechtsirrtümlicher Erwägungen verfügt. Durch den Beschl. v. 27. Juli 1927 ist die weitere Strafverfolgung nicht gehindert und das Schöffengericht hätte sich der sachlichen Prüfung der Anschuldigung nicht entziehen dürfen. Das Urt. unterliegt deshalb der Aufhebung.

(2. Sen. v. 7. Mai 1928; 2 D 188/28.) [A.]

48. § 217 StPO. Die Ladungsfrist ist nicht nur bei der Vorverlegung auf einen früheren Tag, sondern auch bei der Verlegung auf eine frühere Stunde desselben Tages einzuhalten.†)

Der Termin zur Hauptverhandlung war auf 12. Jan. 1928 vormittags 11¼ Uhr bestimmt und hierzu waren sowohl der Angekl. als die Verteidiger rechtzeitig geladen worden. Der Termin wurde dann aber, vermutlich am 10. Jan., auf 10 Uhr desselben Tages vorverlegt. Die neue Ladung wurde jedenfalls am 10. Jan. von der Staatsanwaltschaft angeordnet. Hiervon wurden nach Angaben der Verteidiger diese sowie der Angekl. am 11. Jan. benachrichtigt. Am 12. Jan., eingegangen bei Gericht am selben Tage, haben sodann die Verteidiger die Aufhebung des Termins beantragt, weil die Ladungsfrist nicht gewahrt sei. Diesen Antrag hat der Verteidiger, RA. B., am 12. Jan. bei Gericht vor Beginn der Hauptverhandlung mündlich wiederholt. Der Vorsitzende, der die Akten nicht zur Hand hatte, erklärte ihm, daß unter dieser Voraussetzung gegen den Angekl. voraussichtlich nicht verhandelt werde. Beide hatten dabei offensichtlich verschiedene Ladungsfristen im Auge, der Vorsitzende die, welche auf die Zustellung der Ladung zum 12. Jan. vorm. 11¼ Uhr zu laufen begonnen hatte, der Verteidiger die zwischen der neuen Ladung und dem vorverlegten Termin. RA. B. hat sich auf die Erklärung des Vorsitzenden entfernt. Ein Beschluß ist auf den Vertagungsantrag hin nicht ergangen. Der Vorsitzende hat aber die Verteidiger von dem Beginn der Hauptverhandlung benachrichtigen lassen. Sie sind jedoch nicht erschienen. Die Hauptverhandlung gegen den Angekl. in dieser Sache hat dann zwischen 10 und 11 Uhr begonnen.

„ungeeignet“ für seinen Zweck. Das „ungeeignet“ bedeutet eben nur eine andere Wendung für die Unzulässigkeit der Spaltung. Statt aus dieser seiner Ungeeignetheit den gleichen Schluß (zu a) zu ziehen, wie für den Nichteröffnungsbeschluß, läßt aber das RG. den Eröffnungsbeschluß ganz unbeanstandet und läßt ihn Folgen entfalten, die nicht in seinem Gesichtskreise lagen, folgt also hinsichtlich seiner dem Prinzip b.

Einer befriedigenden Lösung kommt man nur näher, wenn man die Pflicht des Gerichts, den bei ihm anhängig gemachten Prozeßgegenstand umfassend und auf *einmal* zu erledigen, zum Ausgangspunkt nimmt. Unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich sofort, was an einer „spaltenden“ Entsch. das eigentlich Unzulässige ist: es ist die *Ausscheidung* eines Stückes des Prozeßgegenstandes in dem Sinne, daß sich das Gericht fortan damit nicht mehr befassen will. Und daraus ergibt sich, daß auch die „Unwirksamkeit“ einer spaltenden Entsch. mit der Unwirksamkeit der *Ausscheidung eines Stückes des Prozeßgegenstandes aus dem Prozeß zusammenfällt*. Damit erhellt auch, daß das RG. recht daran getan hat, den Nichteröffnungsbeschluß und den Eröffnungsbeschluß ungleich zu behandeln, jenen nach Prinzip a für unwirksam, diesen nach Prinzip b für überwirksam zu erklären. Es ist eben in beiden die Ausscheidungserklärung pro non facta zu behandeln; und damit verliert der Nichteröffnungsbeschluß seinen ganzen Bestand, während der Eröffnungsbeschluß durch die Streichung der Beschränkung übergreifende Kraft gewinnt.

3. Das RG. hat nicht verkannt, daß zwischen dem Problem des unzulässig spaltenden *Beschlusses* und dem des unzulässig spaltenden *Urteils* ein Zusammenhang besteht, und daß es auffallend ist, wenn man den teilenden Nichteröffnungsbeschluß als bedeutungslos behandelt (Prinzip a), während man das teilende Urt. mit der Kraft ausstattet, gegen seinen Willen den ganzen Prozeßgegenstand abzutun (Prinzip b), wie dies ja die bisherige Rechtsauffassung des RG. getan hat. In obiger Entsch. wird nun ein Widerstreit in Abrede gestellt, weil Urt. und Beschlüsse wesensverschieden seien, und es wird auf die Ausführungen in RGSt. 48, 91 verwiesen. Ich kann nun nicht finden, daß die dort gebotenen Ausführungen überzeugend sind. Liest man sie aufmerksam durch, so streifen sie an eine petitio principii heran: das Urt. erledigt den Prozeßgegenstand *deshalb* ganz, *weil* es dazu *berufen* sei, ihn ganz zu erledigen. Aber das ist ja gerade erst die *Frage*, welche Bedeutung einem seine Aufgabe nicht richtig erfüllenden Urt. zukommt. Und daß der im Grunde nur prozeßtechnische Unterschied von „Urteil“ und „Beschluß“ hier eine Rolle spielen solle, wird auch nicht einleuchten; das Problem würde sicher keine Verschiebung erleiden, wenn die StPO. diesen Unterschied beseitigte und etwa hinsichtlich der Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens ein *Urteil* verlangte.

Legt man, wie oben Ziff. 2 geschehen ist, den Nachdruck auf den Satz, daß nicht die Offenhaltung von Stücken des Prozeßgegenstandes, sondern umgekehrt die Ausscheidung von Teilen des letzteren das eigentlich Unzulässige ist, so wird man nicht umhin können, das unzulässig spaltende Urt. ganz dem unzulässig spaltenden Nichteröffnungsbeschluß gleichzustellen: es erreicht nicht, was es will, ist also unwirksam; der Prozeßgegenstand wird dadurch gar nicht abgetan. Sicher ist dieses Ergebnis auch minder befremdlich, als dasjenige, zu dem das RG. gelangt. Es darf an die bekannte und vielbesprochene Entsch. in RGSt. 21, 87 erinnert werden. Das Gericht hatte den der Beihilfe zum Morde Angekl. freigesprochen und dabei ausdrücklich die Frage offengelassen, ob er etwa wegen Unterlassung der Anzeige von dem bevorstehenden Morde strafbar sei, indem es von der Annahme ausging, es handle sich insofern um eine „andere Tat“. Nimmt man an (wie es das RG. auch getan hat), daß die Beihilfe und die Anzeigeunterlassung als „dieselbe Tat“ anzusprechen sind, so war jenes Vorbehaltsurteil unzulässig. Das RG. behandelte dann den *Vorbehalt* pro non scripto; dem Urt. wurde die Kraft zugesprochen, daß es — wider Willen — den ganzen Fall abgetan habe. Ein gewiß erstaunliches Resultat! Der Täter konnte sich beglückwünschen. Eine Tat, die unabgeurteilt zu lassen der Strafjustiz niemals in den Sinn gekommen war, war auf einmal unaburteilbar geworden. Die Strafjustiz hatte sich in ihrer eigenen Schlinge gefangen. Angesichts dieses Ergebnisses könnte man fragen, ob damit nicht überhaupt die Tragweite des Grundsatzes der Unspaltbarkeit des Prozeßgegenstandes überspannt worden sei, und ob man diesen Grundsatz in dem Sinne zurückzuschrauben habe, daß eine Spaltung zwar unzulässig, aber, wenn sie durch eine unanfechtbare Entsch. vollzogen sei, doch hinzunehmen sei. Damit wäre in Anwendung auf den Fall in RGSt. 21, 87 gesagt, daß die Strafverfolgung unter dem Gesichtspunkt der „Nichtanzeige“ offengeblieben, diejenige unter dem Gesichtspunkte der Beihilfe dagegen rechtskräftig abgetan wäre. Will man aber mit der überkommenen Lehre die Zerstückung des Prozeßgegenstands über ihre bloße Unzulässigkeit hinaus als unwirksam ansehen, so braucht man nur an die oben zu 2 entwickelten Grundgedanken anzuknüpfen, um auch für teilende *Urteile* zu einem Ergebnis zu gelangen, das jedenfalls annehmbarer ist, als die Theorie von der dem Willen des Gerichts zuwiderlaufenden Vollerledigung der Angelegenheit. Denn wenn das Gericht den Prozeßgegenstand spaltet, so ist der Fehler nicht der, daß es für das eine Stück die Aburteilung offen hält, sondern umgekehrt, daß es trotz des Zusammenhangs der Teile das andere isolierter prozessualer Erledigung entgegenführt. Es hat also nicht das „Prinzip b“, sondern das „Prinzip a“ platzzugreifen, d. h. nicht (wie das RG. will): der *Vorbehalt* im Urt. wird gestrichen; sondern umgekehrt: das Urt. entfaltet keine materielle Rechtskraft; es ist (über die Teilfreisprechung hinweg) ein neuer Prozeß zulässig, der wieder ungeteilt den ganzen Prozeßgegenstand umfaßt. Um mit den Worten des RG. in obiger Entsch. zu sprechen: die teilende Freisprechung (übrigens auch die teilende Verurteilung) ist ebenso „ungeeignet“, ihren prozessualen Zweck zu erfüllen, wie die teilende Nichteröffnung. Das RG. hat, wie ich glaube, mit der obigen zutreffenden Entsch. einen Weg betreten, der folgerichtig zu einer Preisgabe seiner bisherigen Rspr. hinsichtlich des unzulässig spaltenden Urt. führen muß.

Prof. Dr. *Ernst v. Beling*, München.

Zu 48. Leitender Gesichtspunkt für die angezogene Entsch. RGSt. 25, 74 ist die Erwägung, daß der Angekl. „bei dem Empfange einer Ladung erwarten darf, daß der Termin erst an dem in dieser Ladung bestimmten Tage abgehalten werde, und gerade die Länge der bis dahin ihm verbliebenen Frist ihn veranlassen könne, die Vorbereitung seiner Verteidigung noch hinauszuschieben oder doch lässiger zu betreiben, als er es im Falle eines nahen Termins getan haben würde, so daß seine Verteidigung wesentlich beschränkt werden kann, wenn durch Verlegung des Termins unerwartet ein Teil der Frist, auf die er rechnen durfte, verloren geht“. Dies trifft sicherlich für den dort vorliegenden Fall zu, in welchem der ursprünglich auf den 20. Nov. anberaumte Termin nachträglich auf den 6. Nov. verlegt, die Frist zur Vorbereitung des Termins daher um 14 Tage verkürzt und überdies dem Angekl. die neue Ladung erst am 4. Nov. zugestellt wurde. Ob es aber im vorliegenden Falle für die Vor-

Der erk. Sen. hat in der Entsch. v. 12. Jan. 1894 (RGSt. 25, 74) ausgesprochen, daß bei Vorverlegung des Termins zur Hauptverhandlung auf einen früheren Tag die Ladungsfrist des § 216, jetzt § 217 StPO., von neuem einzuhalten sei, weil sich der Angekl. unter Umständen in der Vorbereitung seiner Verteidigung nach dem anfangs bestimmten Termin eingerichtet habe und ihm die Vorverlegung möglicherweise nicht mehr die nötige Zeit zur Vorbereitung übrig lasse. An dieser Auffassung wird festgehalten. Was aber von der Vorverlegung auf einen früheren Tag gilt, muß gleicherweise von der Verlegung auf eine frühere Stunde desselben Tages gelten. Denn auch in diesem Falle kann jener Grund zutreffen, wenn es auch in der Regel nicht der Fall sein wird.

War demnach die Ladungsfrist nicht gewahrt, dann verwirkte der Verteidiger nicht das Recht, die Vertagung für den Angekl. zu verlangen, wenn er trotz Benachrichtigung vom Beginn der Hauptverhandlung vom Gericht fernblieb. Auf einen Verzicht des Angekl. auf die Frist kann aus seinem Schweigen nicht geschlossen werden, da die Erklärung des Verteidigers als die seine gilt, sofern er ihr nicht widerspricht.

Da nicht ausgeschlossen ist, daß bei Anwesenheit des Verteidigers die Hauptverhandlung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, so kann das Urteil auf dem Rechtsverstoß beruhen (§ 337 StPO.). Das Urteil muß deshalb aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 7. Juni 1928; 2 D 415/28.) [A.]

49. § 223 StPO. Die Annahme, daß die Verhandlung lediglich unterbrochen worden ist, wird nicht dadurch widerlegt, daß in dem Termin, bis zu dem die Verhandlung ausgesetzt worden ist, ohne nochmalige Anhörung der Prozeßbeteiligten zur Urteilsverkündung geschritten worden ist.

Wie das Sitzungsprotokoll ergibt, zog sich am 4. Juli 1927 nach Schluß der Beweisaufnahme und der Vorträge der Prozeßbeteiligten das Gericht um 7½ Uhr zur Beratung zurück und verkündete sodann beim Wiedererscheinen im Sitzungssaal seine Entschließung, die Verhandlung bis zum 6. Juli 1927 auszusetzen. Über die Vorgänge am 6. Juli 1927 berichtet das Protokoll lediglich, daß das Urteil durch Verlesung der Formel unter mündlicher Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Entscheidungsgründe verkündet worden sei; es gibt nicht einmal die hierbei anwesenden Personen an. Die Auffassung der Rev., daß es sich hiernach nicht um eine Unterbrechung der Verhandlung i. S. des § 229 StPO., sondern um ihre Aussetzung bloß zum Zwecke der Urteilsverkündung nach § 268 Abs. 1 das. gehandelt habe, wird durch jenen Inhalt des Sitzungsprotokolls nicht bestätigt. Dieses ergibt nichts weiter als eine Unterbrechung der Verhandlung unter Wahrung der dafür vorgeschriebenen Frist des § 229 StPO. Daraus, daß das Gericht die Prozeßbeteiligten in dem neuen Termine am 6. Juli 1927 nicht nochmals angehört hat, läßt sich kein gegenteiliger Schluß ziehen. Fand die StK., daß sie keinen Anlaß habe, die Beteiligten am 6. Juli 1927 nochmals anzuhören, und wurde auch von diesen kein dahin gehender Antrag gestellt, so konnte zur Urteilsverkündung geschritten werden, ohne daß dadurch der Fall des § 268 Abs. 2 StPO. geschaffen worden wäre.

(3. Sen. v. 19. Jan. 1928; 3 D 871/27.) [A.]

50. §§ 224, 338 Nr. 8 StPO. Nur eine von vornherein feststehende völlige Nutzlosigkeit der Beweiserhebung kann die Vernehmung eines benannten Zeugen zu einem ungeeigneten Beweismittel machen.†)

In seinem Schlußvortrag hat der Verteidiger die Freisprechung des Angekl. und hilfsweise die Vernehmung des Zeugen P. darüber, daß der Nebenkläger B. zuerst ihm einen Stoß vor die Brust gegeben habe, beantragt. Die Entsch. über diesen Antrag ist zulässigerweise — überdies auch im Einverständnis mit dem Verteidiger — erst im Urt. erfolgt, aber die darin gegebenen Gründe vermögen die Ablehnung des Antrags nicht zu rechtfertigen. Das BG. führt an, der Zeuge befinde sich in T. in Kärnten, also im Auslande, wo er nur kommissarisch vernommen werden könnte, da mit seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht zu rechnen sei, ferner habe er bei einer früheren eingehenden polizeilichen Vernehmung von einem Stoß des Nebenklägers gegen die Brust des Angekl. nichts erwähnt, eine nunmehr erfolgende gegenteilige Bekundung könne nur dann einen Beweiswert haben, wenn das Gericht einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen bekomme, die Gründe für die Abänderung der Aussage durch persönliche Befragung feststellen könne und der Zeuge auch bei Gegenüberstellung mit den übrigen Zeugen, die sich nur vor dem erk. Gericht vornehmen ließe, bei seinen Angaben verbleiben würde. Das BG. verweist auf ein (nur auszugsweise veröffentlichtes) Urt. des 1. StS. des RG. v. 11. Jan. 1927, I 841/27. Aber diese Entsch. vermag die Gründe des BG. um deswillen nicht zu stützen, weil in ihr das RG., wie es mit Nachdruck hervorgehoben hat, die Ansicht, daß damals nur eine persönliche Vernehmung vor dem erk. Gericht einen Beweiswert haben konnte, diese aber nicht ausführbar sei, nur mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falls gebilligt hat. Damals stand es fest, daß der Zeuge aus persönlichen Gründen in das Inland nicht zurückkehren und vor dem erk. Gericht nicht erscheinen werde.

In dem jetzt zur Entsch. kommenden Falle handelt es sich um einen Zeugen, der als Beteiligter an der Tat in keiner Weise in Frage kommt, wohl aber als Augenzeuge genaue Beobachtungen zu machen in der Lage war, bisher aber nur kurz polizeilich vernommen wurde. Es fehlt an jedem Anhalte dafür, daß dieser Zeuge, wenn er vor das erk. Gericht geladen würde, der Ladung, obwohl er seine zwangsweise Vorführung nicht zu befürchten hätte, nicht freiwillig folgen würde. Das BG. konnte mit dem Erscheinen des Zeugen rechnen, wodurch die Hauptbedenken, die zur Ablehnung des Beweisantrags geführt haben, beseitigt worden wären. Die erheblichen Reisekosten durften kein Hindernis bilden. Aber selbst wenn der Zeuge aus persönlichen Gründen ein Erscheinen vor dem erk. Gerichte abgelehnt hätte, so kann nach Lage der Sache auch einer kommissarischen Vernehmung nicht ohne weiteres jeder Wert abgesprochen werden. Wenn aber das

---

bereitung der Verteidigung einen Unterschied machen konnte, daß die Frist hierfür um 1¼ Stunden verkürzt wurde, muß billigerweise bezweifelt werden. Auch ist die Berechnung der Frist des § 217 StPO. nur auf Tage, nicht auf Stunden, abgestellt und kann deshalb tatsächlich länger oder kürzer sein, je nachdem die Ladung zu einer früheren oder späteren Stunde des Zustellungstages zugestellt und die Terminsstunde dagegen eine spätere oder frühere ist. Auch ist bemerkenswert, daß § 217 nur von einer Frist zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tage der Hauptverhandlung spricht. Sollte denn überhaupt wegen Veränderung der Terminsstunde eine neue „Ladung" erforderlich sein und nicht eine einfache Benachrichtigung von der Veränderung der Terminsstunde genügen? Und keinesfalls würde ja das Bedenken der Verkürzung der Frist durchgreifen, wenn die Verhandlung erst auf eine spätere als die ursprünglich festgesetzte Terminsstunde verlegt würde. So sehr deshalb die größtmögliche Rücksichtsnahme auf die Interessen des Angekl. zu begrüßen ist, so läßt sich doch nicht verkennen, daß die vorliegende Entsch. in sehr weitgehender Weise sich auf ein formal gesetzliches Prinzip einstellt, obgleich die ratio legis versagt.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu **50.** Von dem Grundsatz, daß das Gericht sich über das Ergebnis eines beantragten Zeugenbeweises nicht im Voraus ein dem Antragsteller ungünstiges Urteil bilden dürfe, um darauf die Ablehnung des gestellten Beweisantrags zu stützen, hat das RG. in ständiger Rspr. Ausnahmen in den Fällen anerkannt, in denen besondere Gründe vorliegen, die die geforderte Beweiserhebung als eine zwecklose Formalität erscheinen lassen. Als solche Gründe sind insbes. nahe verwandtschaftliche Beziehungen des Zeugen zum Angekl. oder eine Verbindung zwischen dem Zeugen und der Tat des Angekl. angesehen worden, sofern diese persönlichen Verhältnisse geeignet erscheinen, der die Beweisbehauptung bestätigenden Aussage des Zeugen jeden Beweiswert zu nehmen. Man weiß, wie ver- verschwenderisch die Praxis der Instanzgerichte teilweise von dieser Möglichkeit, sich unbequeme Beweisanträge vom Hals zu schaffen, Gebrauch gemacht hat. Ohne Eingehen auf die konkrete Sachlage wird die Ablehnung des Beweisantrags vielfach lediglich mit dem schematischen Hinweis auf das eheliche Verhältnis der Zeugen zum Angekl. oder auf den bestehenden Teilnahmeverdacht begründet. Dabei ist die Rspr. des RG. insofern nicht immer ganz gleichmäßig gewesen, als der 1. Sen. für die Beweisablehnung wegen Ungeeignetheit

BG. nur eine Vernehmung vor dem erk. Gericht nach Lage des Falls für angebracht hielt, dann hätte es die Verhandlung so lange aussetzen müssen, bis das Hindernis der Abwesenheit behoben war, durfte aber vor der Erhebung eines an sich notwendigen Beweises wegen eines nicht als dauernd vorhanden nachgewiesenen Hindernisses nicht überhaupt absehen. Die Bedenken, die in dem vom 1. StS. behandelten Falle gegen eine Vernehmung durch ein ausländisches Gericht sprechen, treffen hier nicht zu.

Es muß grundsätzlich daran festgehalten werden, daß die besonderen persönlichen Verhältnisse eines Zeugen ihn nur dann zu einem ungeeigneten Beweismittel machen, wenn sie seine Glaubwürdigkeit oder sonst den Beweiswert seiner Angaben vollständig aufheben oder wenn die völlige Nutzlosigkeit der Beweiserhebung von vornherein feststeht (vgl. RGSt. 58, 378, 380). Eine Beeinträchtigung oder Minderung genügt nicht, um einen Zeugen für ungeeignet zu erklären. Daran hat das RG. in ständiger Rspr. festgehalten, und es ist nicht zulässig, Entsch., die, wie die des 1. StS., auf die besonderen Umstände des gerade zur Entsch. stehenden Falls abgestellt sind, ohne weiteres auf zwar ähnliche, aber doch in wesentlichen Punkten anders geartete Fälle zu übertragen.

(2. Sen. v. 22. März 1928; 2 D 212/28.) [A.]

51. Unklarheiten des Protokolls, die sich aus dem Nichtdurchstreichen eines Vordrucks ergeben, nehmen dem Protokoll die Beweiskraft. Heranziehung der dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden und Protokollführers zur Feststellung des fraglichen Vorgangs.†)

Zur Rev. des Angekl. K.: Die Rev. rügt in erster Linie, daß der in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommene K., obwohl erst 15 Jahre alt, ausweislich des Protokolls zu Unrecht beeidigt worden sei. Richtig ist, daß der Zeuge bei seiner Vernehmung das Alter auf 15 Jahre angegeben hat. Der fragliche Vermerk im Sitzungsprotokoll lautet: „11. Zeuge K. nach Leistung des Zeugen-Sachverständigen-Eides." Alle Wörter außer dem Namen sind vorgedruckt. Aus diesem Protokollvermerk ist nicht ersichtlich, ob K. den Zeugen- oder den Sachverständigeneid oder gar beide Eide oder schließlich keinen Eid geleistet hat. Das Protokoll entbehrt deshalb hinsichtlich der Beeidigung jeglicher Beweiskraft; es beweist weder, daß K. den Zeugeneid geleistet noch daß er ihn nicht geleistet hat. Es wurde bei Abfassung des Protokolls vielmehr offensichtlich übersehen, das Nichtzutreffende zu streichen. Die Rüge findet deshalb im Protokoll keine Stütze und die Feststellungen des Vorgangs ist in freier Beweiswürdigung zu treffen. Bei der gegebenen Sachlage ist es dem RevG. nicht verwehrt, als Grundlage hierfür die dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden und des Protokollführers heranzuziehen, obwohl diese erst nach Eingang der Revisionsanträge abgegeben worden sind. Beide Beamte bezeugen übereinstimmend, daß K. nicht beeidigt und daß infolge eines Versehens der ganze die Eidesleistung betreffende Vordruck nicht durchgestrichen wurde. Danach hält der erk. Sen. für erwiesen, daß K. unbeeidigt vernommen worden ist. Die Verfahrensrüge ist daher nicht begründet.

(2. Sen. v. 13. Febr. 1928; 2 D 2/28.) [A.]

52. § 244 StPO. Beachtlichkeit eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen darüber, daß ein anderer Zeuge „verlogen" sei.†)

Zu rechtlichen Bedenken gibt die Erwägung Anlaß, mit der das Schwurgericht den Beweisantrag, „daß B. verlogen sei", für unbeachtlich erklärt. Der Ausführung, die unter Beweis gestellte Behauptung laufe darauf hinaus, daß der Zeuge A. ein Urteil abgeben, nicht bestimmte Tatsachen bekunden solle, der Beweisantrag sei daher unsubstantiiert, läßt sich nicht beitreten. Der Beweisantrag konnte nur dahin ver-

---

des Zeugen noch ganz besondere, die völlige Wertlosigkeit des Beweismittels erhärtende Umstände fordert (s. z. B. JW. 1927, 2576 [12], 2626 [9]; 1928, 414 [25], GoltdArch. 60, 420), während die übrigen Senate und vor allem der 2. Sen. in den aus der Persönlichkeit des Zeugen erwachsenden Bedenken regelmäßig schon dann einen genügenden Ablehnungsgrund erblickten, wenn der Beweisantrag sich mit dem bisherigen Verhandlungsergebnis oder richtiger: was dem Gericht als solches erscheinen mochte, in Widerspruch setzte (s. z. B. Rspr. 9, 164; 10, 92; GoltdArch. 59, 315; JW. 1922, 300 [16]; 1926, 1213 [2]). Auf die Gefahren, die in dieser allzu großen Zurückhaltung zahlreicher Entscheidungen liegen, habe ich bereits in GoltdArch. 61, 492 ff. hingewiesen (s. aus neuerer Zeit besonders v. Scanzoni: JW. 1926, 1213; Klefisch: JW. 1927, 1160). Das vorl. Urt. zeigt, daß der 2. StS. im Begriff ist, seinen Standpunkt dem des 1. StS. anzugleichen. Es beschränkt zunächst einen weiteren Ablehnungsgrund, der von der Rspr. wenigstens in gewissem Umfang anerkannt worden ist, auf das ihm zukommende Maß. In RGSt. 46, 383 (386) hatte der 2. StS. die Ablehnung eines Beweisantrags gebilligt, die damit begründet war, daß der Zeuge nur kommissarisch vernommen werden könnte, nach Lage der Sache aber lediglich die Vernehmung vor dem erkennenden Gericht selbst irgendwelchen Beweiswert hätte. Diesem Urteil hat sich der 1. StS. in einem Falle angeschlossen, in dem die Persönlichkeit des Zeugen zu den stärksten Bedenken Anlaß bot und überdies die unter Beweis gestellten Tatsachen außerordentlich unwahrscheinlich waren (JW. 1927, 1491 [23]). Beiden Entscheidungen liegen Tatbestände zugrunde, in denen es als ausgeschlossen gelten konnte, daß der Zeuge einer Vorladung vor das erkennende Gericht Folge leisten werde, denn im Falle RGSt. 46, 386 war der Zeuge wegen schwerer Verfehlungen gegen das Strafgesetz ins Ausland geflüchtet und im Falle JW. 1927, 1491 [23] hatte der Verteidiger bei Stellung des Beweisantrags selbst erklärt, daß mit dem Erscheinen des Zeugen vor einem deutschen Gericht nicht gerechnet werden könne. Zutreffend weist das vorl. Urt. auf die sich hieraus ergebenden Verschiedenheiten der Sachlage hin und spricht aus, daß von der Vorladung des Zeugen vor das erkennende Gericht, sofern sie wirklich die Voraussetzung für einen denkbaren Erfolg der Beweiserhebung bildet, nur dann Abstand genommen werden dürfe, wenn sie unausführbar ist und ihre Wirkungslosigkeit bereits vorher feststeht, daß aber die Rücksicht auf die entstehenden hohen Reisekosten hier, wo berechtigte Verteidigungsinteressen des Angekl. auf dem Spiele stehen, überhaupt nicht ins Gewicht fallen darf. Mit Recht schenkt auch das RG. dem weiteren von der StK. hervorgehobenen Gesichtspunkt keine Beachtung, daß nämlich der Zeuge bei seiner kommissarischen Vernehmung (die StK. bezeichnet sie als „eingehend", das RG. als „kurz") eine von der Beweisbehauptung abweichende Aussage gemacht hatte. Schon nach der Erfahrung des täglichen Lebens kann es keineswegs als ausgeschlossen gelten, daß der Zeuge seine Aussage ändert und bei einer erneuten Vernehmung von früheren Bekundungen abweicht (RGSt. 1, 189; ebenso das ungedruckte Urt. des 1. Sen. v. 8. Dez. 1925, 1 D 584/25). Den Einzelfall nimmt der 2. Sen. zum Anlaß, um dem Instanzgericht den auch vom 1. Sen. in RGSt. 58, 378 stark unterstrichenen Grundsatz besonders einzuschärfen, daß nur solche Umstände, die den Beweiswert des Zeugen völlig aufheben, die Ablehnung des Beweisantrags rechtfertigen können, während eine bloße Beeinträchtigung oder Minderung des Beweiswerts nicht ausreicht. Daß der 2. Sen. gewillt ist, mit diesem Erfordernis ernst zu machen, und daß er nicht jede ihm nur äußerlich Genüge leistende „Feststellung" des Vorderrichters gläubig hinzunehmen geneigt ist, ergibt der Zusammenhang der Urteilsgründe. Denn bemerkenswerterweise nimmt sich vorliegend das RG. die Freiheit, abweichend von der Vorinstanz festzustellen, daß nach der Sachlage selbst eine kommissarische Vernehmung nicht völlig wertlos wäre. Es überschreitet damit die Grenzen, die andere Urteile der auf prozessuale Beschwerden gestützten Rev. gezogen hatten, indem sie die von dem Vorderrichter angenommene Ungeeignetheit des Zeugen nur nach der Richtung hin nachprüften, ob der Vorderrichter von rechtlich zutreffenden Erwägungen ausgegangen war (so noch jüngst ein ungedrucktes Urteil des 3. Sen. v. 19. Jan. 1928, 3 D 871/27, vgl. auch JW. 1922, 300 [16]). Mit Recht hat schon Mannheim: JW. 1927, 2467 zu Nr. 20 gegen derartige Einschränkungen Front gemacht. Deshalb bedeutet die Entscheidung auch auf dem Wege zur Erkenntnis der wahren Aufgaben des RevG. einen wichtigen Schritt vorwärts.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 51. Daß das RevG. befugt ist, das Hauptverhandlungsprotokoll nach verständigem Ermessen auszulegen, hat das RG. bereits mehrfach ausgesprochen (z. B. JW. 1926, 2761 [8]; vgl. ferner v. Beling: JW. 1927, 126 zu Nr. 25 unter II). Im obigen Falle bleibt allerdings wenig Raum für eine Auslegung, weil das Protokoll infolge des in ihm enthaltenen Widerspruchs seinen Beweiswert verloren hat. Daß das RevG. zur Ausfüllung der sich hieraus ergebenden Lücke dienstliche Äußerungen einfordern darf, ist nicht zu bezweifeln.

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 52. Die Entsch. entspricht der bisherigen oberstrichterlichen Praxis zu § 244 Abs. II StPO. Daß die angebliche „Verlogenheit" einer Person Gegenstand eines Zeugenbeweises sein kann, ist nicht zu bezweifeln. Der Beweisantrag hätte daher nur dann abgelehnt werden dürfen, wenn die Aussage des als verlogen bezeichneten Zeugen vom Gericht für bedeutungslos oder unerheblich gehalten

standen werden, daß A. die Verlogenheit des B. als eine Wahrnehmung bezeugen sollte, die er bei seinem eigenen Umgange mit B. und vielleicht auch bei dessen sonstiger Beobachtung gemacht zu haben glaubte. So verstanden bildete aber die unter Beweis gestellte Behauptung eine Tatsache, die Gegenstand des Zeugenbeweises sein konnte (RGSt. 37, 371; 39, 363). Das Schwurgericht erklärt nun freilich weiter, es habe dem Angekl. und dem Verteidiger durch Befragung Gelegenheit gegeben, den Beweisantrag zu vervollständigen und zu erläutern, gibt aber als das Ergebnis dieser Befragung lediglich an, es seien daraufhin keine einzelnen Tatsachen angegeben worden, über die A. insofern vernommen werden sollte. Aus den von dem Verteidiger zu dem Beweisantrage gemachten Angaben ging also nicht etwa hervor, daß A. ein reines Urteil über B. abgeben sollte, ohne sich dabei seinerseits auf tatsächliche Unterlagen zu stützen, sondern der Verteidiger war nur nicht selbst in der Lage, die Umstände, aus denen sich A. seine Meinung gebildet haben sollte, schon seinerseits in dem Beweisantrage anzuführen. Es ist rechtsirrig, wenn das Schwurgericht den Beweisantrag allein aus diesem Grunde für unsubstantiiert erachtet und zurückgewiesen hat. Es läßt sich auch die Möglichkeit nicht ausschließen, daß das Urteil auf diesem Mangel beruht. Denn da das Schwurgericht im Gegensatze zu allen übrigen unter Beweis gestellten Behauptungen nur diese eine weder als unerheblich bezeichnet noch — was dem sachlich nahe steht — als wahr unterstellt hat, läßt sich die Annahme nicht von der Hand weisen, es habe diese Behauptung anders als die übrigen eben nicht für unerheblich angesehen, sondern für den Fall, daß sie wahr sei, in die Glaubwürdigkeit der Bezichtigung des Beschwerdeführers durch B. Zweifel gesetzt.

(2. Sen. v. 21. Juni 1928; 2 D 614/28.) [D.]

53. § 244 StPO. Die Nichtbeachtung einer vor der Hauptverhandlung zugesagten Wahrunterstellung gibt dem Angekl. keine Revisionsrüge. †)

Auf die Ablehnung eines Beweisantrags durch den Vorsitzenden allein vor der Hauptverhandlung kann die Rev. grundsätzlich nicht gestützt werden (vgl. RGSt. 1, 106, 108 f.; RGRspr. 1, 158, 250; 2, 246; RGSt. I v. 30. Sept. 1927, I D 908/27 = Recht 1928, 45 Nr. 222), mag die Ablehnung auch nach Rücksprache mit dem Berichterstatter erfolgt sein. Eine Ausnahme hiervon kann auch nicht für den Fall gemacht werden, daß der Vorsitzende seine Ablehnung damit begründet, die Beweistatsache könne als wahr unterstellt werden. Denn ob das wirklich geschehen kann, läßt sich erst in der Hauptverhandlung bei Würdigung ihres Gesamtergebnisses (§ 261 StPO.) übersehen und entscheiden. Die Entsch. steht aber allein dem erk. Gerichte zu. Die Möglichkeit, daß es anderer Ansicht ist, als sein Vorsitzender vor der Hauptverhandlung, besteht und liegt so nahe, daß auch der Angekl., namentlich dann, wenn er — wie W. — geschäftsgewandt und erfahren ist, noch mehr aber sein rechtskundiger Verteidiger mit ihr rechnen muß. Wenn aber trotzdem von ihnen — wie hier — der Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt und es damit unterlassen wird, die Beschlußfassung des erk. Gerichts herbeizuführen, so beruht die Nichterhebung des Beweises auf dieser Unterlassung und nicht auf einem Verstoß des Gerichts gegen Verfahrensvorschriften. Auch die RGSt. 61, 376 ff. abgedr. Entsch. des 2. StS. v. 26. Sept. 1927 nötigt zu keiner anderen Auffassung. Ihr liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort hat der Vorsitzende den Beweisantrag vor der Hauptverhandlung nicht zurückgewiesen, ihm auch nicht entsprochen, sondern den „rechtlich nicht geschulten, von einem Verteidiger nicht beratenen“, aus „einfachen Volkskreisen“ stammenden Angekl. dahin beschieden, daß über seinen Antrag in der Hauptverhandlung Beschluß gefaßt werde. Die Herbeiführung eines solchen Beschlusses steht aber — anders als die Würdigung einer Beweistatsache — durchaus in der verfahrensleitenden Gewalt des Vorsitzenden (§ 238 Abs. 1 StPO.). Er kann die Zusicherung, einen solchen Beschluß herbeizuführen, mit der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeit ihrer Verwirklichung von sich aus geben. Deshalb begründet sie auch für ihn die verfahrensrechtliche Pflicht, die Beschlußfassung herbeizuführen, und hat damit eine ganz andere rechtliche Bedeutung, als die der Ablehnung des Beweisantrags durch den Vorsitzenden beigegebene Begründung, die Beweistatsache könne als wahr unterstellt werden. Diese Ausführung ist rechtlich nichts weiter,

---

wurde; denn dann war es gleichgültig, ob sie von einem wahrheitsliebenden oder einem verlogenen Menschen herrührte. War die Aussage aber nicht bedeutungslos, so mußte sie auf ihre Glaubwürdigkeit und damit die Wahrheitsliebe des Aussagenden nachgeprüft werden. Dieser Prüfung diente der zu Unrecht abgelehnte Beweisantrag.

Anders lag der Fall in RGSt. 57, 412: Dort war behauptet und unter Beweis gestellt, daß ein bestimmter Zeuge selbst dann keinen Glauben verdiene, wenn er seine Aussage beschwöre, daß dem Zeugen also ein Meineid zuzutrauen sei. Das ist aber ein allgemeines Werturteil, eine bloße Meinung ohne tatsächlichen Gehalt, d. h. ohne eine dem Zeugenbeweise zugängliche Tatsachenbehauptung. Dieser Beweisantrag wurde deshalb mit Recht abgelehnt.

OLGR. Prof. Dr. Doerr, München.

Zu 53. Die Entsch. zeigt, wie sehr mitunter das RG. geneigt ist, ein formales Prinzip bis in die letzte Konsequenz durchzuführen, selbst wenn es auf die Spitze getrieben allem, was Treu und Glauben im Prozesse verlangen, widerspricht. Den vor der Verhandlung schriftlich gestellten Beweisantrag des Angekl. hatte der Vorsitzende dahin beschieden, die Beweistatsache könne als wahr unterstellt werden, und hatte aus diesem Grunde davon abgesehen, die benannten Personen als Zeugen zur Hauptverhandlung vorzuladen. Das Gericht hatte sich an die von dem Vorsitzenden gegebene Zusage nicht gehalten, sondern sich bei der Urteilsfindung mit der Beweisbehauptung in Widerspruch gesetzt, ohne daß es jedoch vorher die im Beweisantrag benannten Zeugen gehört oder den Angekl. auch nur auf seine von der des Vorsitzenden abweichende Auffassung hingewiesen hatte. Wäre der Beweisantrag in der Verhandlung gestellt worden und hätte darauf das Gericht im Beschluß die Beweistatsache als wahr unterstellt, so wäre ein solches Verfahren zweifellos unzulässig gewesen. Das Gericht hätte dann zuvor den alten Beschluß aufheben und dem Beweisantrag entweder stattgeben oder ihn mit neuer — richtiger — Begründung ablehnen müssen, um den Antragsteller, der einen Anspruch darauf hat, vor der Urteilsfällung beschieden zu werden (§ 244 Abs. 2), mit der veränderten Auffassung des Gerichts bekannt zu machen und ihm Gelegenheit zu geben, dieselbe zu bekämpfen (s. RG.: LZ. 1919, 908). Sollte der Angekl. dieses Anspruchs auf Unterrichtung über die Meinung des Gerichts nur deshalb verlustig gehen, weil die Wahrunterstellung ihm nicht in einem Beschluß des Gerichts, sondern in einem vorherigen Bescheid des Vorsitzenden zugesichert war? Das RG. nimmt es an. Es geht dabei richtig davon aus, daß der Vorsitzende eine das Gericht bindende Zusage nicht abgeben konnte, wobei freilich zu bemerken ist, daß eine eigentliche Bindung des Gerichts auch an seine eigene Wahrunterstellung nicht denkbar ist. Bedenklich aber ist schon der daraus gezogene Schluß, daß der dem Angekl. erteilte Bescheid nur eine unverbindliche Meinungsäußerung des Vorsitzenden darstelle. Der Form nach war er das sicherlich nicht; er deutete in keiner Weise an, daß das Gericht über die Möglichkeit einer Wahrunterstellung anders denken könne als der Vorsitzende, stellte dem Angekl. auch nicht die Wiederholung des Antrags in der mündlichen Verhandlung anheim. Hätte der Vorsitzende den Antrag ohne Begründung oder deshalb abgelehnt, weil die Beweiserhebung keinen Erfolg verspreche, so lag auch ohne solchen Hinweis für den Antragsteller genügend Anlaß vor, den Beweisantrag in der Verhandlung zu wiederholen. Wenn aber der Vorsitzende, der doch das Gericht repräsentiert, dem Angekl. mitteilte, die von ihm behauptete Tatsache könne als wahr unterstellt werden, d. h. das Gericht werde sie bei der Urteilsfindung zu seinen Gunsten als wahr behandeln — denn dies und nichts anderes bedeutet die Wahrunterstellung —, so konnte der Angekl. vor der Hand davon ausgehen, die mutmaßliche Auffassung des Gerichts werde sich mit der des Vorsitzenden decken. Gerade, weil der ihm gewordene Bescheid ihm alles gewährte, was er von der begehrten Beweiserhebung erhoffen konnte, war für ihn kein Grund vorhanden, den Antrag neu zu stellen. Hatte der Vorsitzende ihm auch nur eine unverbindliche Zusage gemacht, so durfte er sich doch darauf verlassen, daß derselbe Vorsitzende ihn rechtzeitig benachrichtigen werde, wenn er etwa seine Zusage nicht einhalten könnte und die durch jenen Bescheid begründete Erwartung zu enttäuschen genötigt wäre. Wenn das RG. demgegenüber erwägt, daß der Angekl. im vorl. Falle als geschäftsgewandter Mann mit einer Diskrepanz zwischen der Auffassung des Vorsitzenden und des Gerichts habe rechnen müssen und daß dies im gesteigerten Maße für seinen rechtskundigen Verteidiger gelte, so fürchte ich, daß das eine Argument die strafprozessualen Kenntnisse gebildeter Laien überschätzt, während das andere dem Grundsatz nicht ausreichend Rechnung trägt, daß Verteidiger und Angekl. parallellaufende, aber selbständige Antragsrechte haben (s. RGSt. 17, 315; JW. 1888, 231 [5]; 1905, 549 [3]; Recht 1908 Nr. 2525). Der Angekl., der auf seinen Antrag den Bescheid des Vorsitzenden erhalten hat,

als die unverbindliche, namentlich aber das erk. Gericht in der Hauptverhandlung nicht bindende Meinungsäußerung des Vorsitzenden, der gegenüber die Entsch. des erk. Gerichts selbst um so mehr anzurufen ist, als sie ohne dessen Wissen außerhalb der Hauptverhandlung erfolgt ist (vgl. § 238 Abs. 2 StPO.). Die Strafkammer war deshalb nicht verpflichtet, die nur vor der Hauptverhandlung unter Beweis gestellte Tatsache lediglich deshalb als wahr hinzunehmen, weil der Vorsitzende gleichfalls vor der Hauptverhandlung geglaubt hat, sie könne als wahr unterstellt werden.

(1. Sen. v. 26. Juni 1928; 1 D 497/28.) [A.]

54. § 244 StPO.; § 163 StGB. **Der Antrag, bestimmte Ärzte über einen Krankheitsverlauf zu vernehmen, um dadurch den zugezogenen Sachverständigen einen besseren Einblick in die geistige Beschaffenheit des Angekl. zu gewähren, ist Zeugenbeweisantrag. Geht das Urteil davon aus, daß der Angekl. bei seiner eidlichen Vernehmung in Verwirrung gebracht ist, so bedarf die Annahme, daß er die nötige Ruhe gehabt habe, um zu erkennen, daß er eine Überlegungsfrist erbitten dürfe, besonderer Begründung.** †)

Nach dem Sitzungsprotokoll hat der Verteidiger beantragt, die Ärzte Dr. G. und Dr. B. als Zeugen über den Krankheitsverlauf aus Anlaß des Unfalles, den der Angekl. i. J. 1925 erlitten hat, zu vernehmen, und zugleich als Sachverständige darüber, daß die Folgen jenes Unfalles eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit herbeigeführt haben könnten, durch die die freie Willensbestimmung des Angekl. zur Zeit der Eidesleistung ausgeschlossen gewesen sei. Das SchwG. hat die Vernehmung der Zeugen mit der Begründung abgelehnt, daß der Angekl. selbst nicht behaupten wolle oder könne, durch den Unfall andere Verletzungen erlitten zu haben, als sie der zugezogene Sachverständige seinem Gutachten bereits zugrunde gelegt habe, und daß die Vernehmung der Ärzte als Sachverständige sich erübrige, weil der zugezogene Sachverständige den Angekl. eingehend untersucht habe. Soweit die Ärzte als Sachverständige benannt waren, unterlag es dem pflichtmäßigen Ermessen des SchwG., ob die Zuziehung weiterer Sachverständiger erforderlich erschien. Bedenken bestehen aber, soweit die Vernehmung der Ärzte als Zeugen abgelehnt worden ist. Nach den Feststellungen hat der Angekl. durch jenen Unfall eine Gehirnerschütterung erlitten. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein von einer solchen Betroffener eigene Kenntnisse über die Verletzung und deren Folgen nur in geringem Umfange besitzen kann. Es konnte daher aus dem Umstande, daß der Angekl. selbst nichts weiteres anzugeben vermochte, kein Schluß auf die Unerheblichkeit des Antrages gezogen werden. Da das Gericht selbst davon ausgeht, daß der Angekl. bei seiner eidlichen Vernehmung sichtlich erregt und auch durch Vorhaltungen in Verwirrung gebracht war, und daß er über den Inhalt der von ihm zu beschwörenden Angaben nicht mehr im klaren war, so konnte es für die Frage seiner Schuld von Bedeutung sein, wenn der frühere Krankheitsverlauf durch sachverständige Zeugen festgestellt, dadurch dem zugezogenen Sachverständigen ein besserer Einblick in die geistige Beschaffenheit des Angekl. gewährt und ihm eine noch genauere Beantwortung der Frage ermöglicht wurde, ob der Angekl. bei der Eidesleistung in der Lage war, sich soweit zu konzentrieren, daß er die Unrichtigkeit der von ihm zu beschwörenden Aussage hätte erkennen können. Denn der Angekl. hatte, wie das Urteil ergibt, geltend gemacht, daß er infolge der erlittenen Gehirnerschütterung bei eintretender Aufregung — und in einer solchen befand er sich bei der Vernehmung — nicht mehr wisse, was er tue. Das SchwG. hat zwar als wahr unterstellt, daß er jene Gehirnerschütterung erlitten habe, verneint aber, daß sie die vom Angekl. behaupteten Folgen gehabt habe. Auch in sachlich-rechtlicher Beziehung ist das Urteil nicht einwandfrei. Das SchwG. führt aus, daß der Angekl., der damals zum ersten Male vor

---

bespricht auch vielleicht diese Sache gar nicht mit seinem Verteidiger, weil er sich darauf verläßt, daß die erteilte Zusage gehalten wird. Aber vor allem, selbst wenn er sie mit dem Verteidiger besprochen hat, hat auch der Verteidiger das Recht, sich darauf zu verlassen. Er braucht dem Angekl. nicht zu sagen: mag das Gericht das auch mitgeteilt haben, es braucht sich nicht daran zu halten, wir müssen noch einen formellen Antrag stellen. Man weiß ja, wie sich das in der Hauptverhandlung abspielt. Wenn der formelle Antrag gestellt würde, würde vom Vorsitzenden geantwortet werden, er habe ja bereits mitgeteilt, daß die Behauptung als wahr unterstellt werde. Es gibt Gerichte, die sich mit Recht verletzt fühlen, wenn man auf einen Punkt zurückkommt, der durch eine Erklärung des Vorsitzenden bereits klargestellt ist. Deshalb darf sich auch der Verteidiger der Erwartung hingeben, das Gericht werde, wenn es die Sach- und Rechtslage anders beurteilen sollte als der Vorsitzende, den Bescheid des Vorsitzenden nicht erst in den Urteilsgründen desavouieren und so die Beteiligten vor eine vollendete Tatsache stellen.

Die abweichende Auffassung des vorl. Urt. ist um so bedauerlicher, als das RG. erst kürzlich in einer verwandten Frage mit dem Überrest eines veralteten Formalismus aufgeräumt hat. Von dem Grundsatz, daß auf die Bescheidung vor der Verhandlung gestellter Beweisanträge durch den Vorsitzenden die Rev. nicht gestützt werden könne, hat das KG. (s. GoltdArch. 69, 373; JurR. 1927 Nr. 442) eine Einschränkung dann gemacht, wenn der Vorsitzende den Antrag nicht ausdrücklich abgelehnt, sondern die Beschlußfassung der Hauptverhandlung vorbehalten, in der Verhandlung aber eine Beschlußfassung des Gerichts nicht herbeigeführt hat. Das RG. hat sich, nachdem es sich zunächst auch gegen diese selbstverständlich erscheinende Ausnahme gesträubt hatte (Urt. des 2. StS. v. 10. Juni 1926: ZStW. 47 Beil. S. 268) schließlich doch der Rspr. des KG. angeschlossen (s. 2. StS. v. 26. Sept. 1927: RGSt. 61, 376; zustimmend 1. StS. v. 30. Sept. 1927: Recht 1928 Nr. 222). Die Ähnlichkeit der Fälle liegt auf der Hand: Gerade im vorl. Falle mußte der Bescheid des Vorsitzenden in dem Angekl. den Glauben erwecken, „er habe alles, was ihm obliege, getan, und es werde keinesfalls eine ihm ungünstige Entscheidung erlassen werden, ohne daß vorher sein an den Vorsitzenden gerichteter Antrag beachtet und über ihn entschieden werde“ (RGSt. 61, 376). Wollte man zwischen beiden Fällen eine Unterscheidung machen, so müßte sie doch vorliegend gerade zugunsten des Beschwerdeführers wirken. Denn wenn ihm mitgeteilt wird, es werde darüber in der Verhandlung Beschluß gefaßt werden, so hat er vielleicht Veranlassung, daran zu erinnern, wenn er sieht, daß das Gericht nach Entgegennahme der Schlußvorträge zur Urteilsfällung schreitet, nicht aber, wenn ihm vorher mitgeteilt wird: „das ist die Auffassung des Gerichts“, und er sich bei dieser Auffassung durchaus beruhigen kann. So bleibt der unbefriedigende Eindruck, daß Angekl. und Verteidigung im vorl. Fall überrumpelt worden sind.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 54. Es handelt sich um die Frage, ob neben der Bekundung eines Sachverständigen, dessen Gutachten sich auf eine Beobachtung des gegenwärtigen Geisteszustandes des Angekl. stützt, eine Zeugenvernehmung der behandelnden Ärzte über den früheren Krankheitsverlauf aus Anlaß des Unfalls in Betracht kommt und vom Angekl. gefordert werden kann. Das Urt. bejaht dies ausgehend von der Annahme, es könne für die Schuldfrage „von Bedeutung sein, wenn der frühere Krankheitsverlauf durch sachverständige Zeugen festgestellt, dadurch dem zugezogenen Sachverständigen ein besserer Einblick in die geistige Beschaffenheit des Angekl. gewährt und ihm eine noch genauere Beantwortung der Frage ermöglicht würde, ob der Angekl. bei der Eidesleistung usw.“.

Der Standpunkt des RG. verdient volle Zustimmung. Was zunächst die Frage der Scheidung zwischen Zeugen- und Sachverständigenbeweis bei psychiatrischen Beweisthemen anlangt, so habe ich in meinem Buch „Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß“ (1918) den Standpunkt vertreten (S. 16), daß als Sachverständigenaussagen auch „Mitteilungen über konkrete Tatsachen als solche“ und zwar über solche Tatsachen, „deren Feststellung mit Hilfe besonderer Sachkunde erfolgt ist“, in Betracht kommen — dann nämlich, wenn (S. 8—9, 19—20) „die Anwendung der besonderen Sachkunde, die zur Feststellung der Tatsache geführt hat, nicht unabhängig von den Aufgaben des Prozesses, sondern auf Grund eines besonderen im Prozeß erteilten (richterlichen) Auftrags“ erfolgt ist. Daher ist die Aussage des Sachverständigen über seine Beobachtungen an der gegenwärtigen Geistesbeschaffenheit des Angekl. echte Sachverständigenaussage.

„Alle Aussagen aber über konkrete Tatsachen, die ohne einen solchen Auftrag, insbes. also auch vor einem solchen Auftrag wahrgenommen worden sind, sind keine Sachverständigen-, sondern Zeugenaussagen“ (a. a. O. S. 20). Dies gilt insbes. von den Aussagen der behandelnden Ärzte über den früheren Krankheitsverlauf aus Anlaß des Unfalls. Es kann also lediglich noch die Frage sein, ob nicht auch insoweit das Gericht dem nunmehr zugezogenen Sachverständigen anheimgeben durfte, inwieweit er zum Zwecke seines Gutachtens auf früheres Tatsachenmaterial zurückgreifen oder nicht zurückgreifen wollte, ob m. a. W. die Entsch. hierüber sich allein nach dem freien Ermessen im Gebiete des Sachverständigenbeweises beurteilt. Es muß mit besonderer Genugtuung begrüßt werden, daß das RG. einen derartigen verfehlten Stand-

Gericht stand, eine der Beeinflussung leicht zugängliche Persönlichkeit ist, und daß die teilweise „massive" Art der Vorhalte geeignet war, ihn in Verwirrung zu bringen. Es war ihm auch von dem vernehmenden Richter, der die spätere Aussage für richtig hielt, in scharfen Worten die Frechheit, vor Gericht zu lügen — wie er es bei der zunächst erstatteten, nachmals als richtig erkannten Aussage getan haben sollte — vorgehalten worden. Gleichwohl nimmt das SchwG. an, daß er bei seiner späteren Aussage, die unter dem unmittelbaren Drucke der Vorhalte erfolgte, wissentlich die Unwahrheit gesagt habe. Es hat sich aber nicht zu überzeugen vermocht, daß der Angekl. sich auch noch bei der Eidesleistung bewußt gewesen sei, ein falsches Zeugnis mit dem Eide zu bekräftigen, weil nicht ausgeschlossen erscheine, daß er in so hohem Grade beeinflußt und abgelenkt gewesen sei, daß er nicht mehr in der Lage war, der Verlesung mit voller Aufmerksamkeit zu folgen und seine Gedanken zu sammeln. Infolgedessen sei er bei der Eidesleistung über den Inhalt seiner Aussage nicht mehr im klaren gewesen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Annahmen denkgesetzlich zutreffend sind, und ob nicht vielmehr die unter dem Eindrucke der Vorhalte erfolgte Aussage durch diese Einwirkungen beeinflußt sein mußte. Denn jedenfalls ist das Urteil insoweit widerspruchsvoll, als es dann ausführt, der Angekl. habe während der Verlesung des Protokolls und vor der Eidesleistung hinreichend Zeit und Ruhe gehabt, den Richter auf seine Verwirrung hinzuweisen und um eine Überlegungsfrist zu bitten. Es kann ohne weiteres unterstellt werden, daß der Richter eine solche Frist gewährt hätte, aber es fehlt jeder Anhalt dafür, daß der Angekl., der zum ersten Male vor Gericht stand, sich dieser Möglichkeit, zumal bei seiner Verwirrung, bewußt gewesen ist. War er aber bei der Verlesung und bei der Eidesleistung, wie das Gericht annimmt, nicht imstande, sich zu sammeln und die Unrichtigkeit seiner Aussage zu erkennen, so erscheint es bedenklich, auszusprechen, daß der Angekl. dabei soviel Zeit und Ruhe gefunden habe, um den Richter auf seine Verwirrung hinzuweisen, und gerade hieraus seine Fahrlässigkeit zu folgern. Es liegt zwar nicht der von der Rev. angedeutete Fall vor, daß sich bei dem Angekl. ein falsches Erinnerungsbild so fest gebildet hatte, daß er von ihm nur durch äußere Anhaltspunkte abgebracht werden konnte, denn er hatte bei Beginn der Vernehmung, ehe die Vorhalte einsetzten, eine richtige Aussage erstattet, wohl aber war er nach der eigenen Annahme des SchwG. gerade bei der Eidesleistung noch völlig in Verwirrung. Es erscheint daher die Annahme, daß er in diesem Zeitpunkte hinreichende Ruhe gehabt habe, um seine Rechtspflicht erkennen zu können, nicht hinreichend begründet.

(1. Sen. v. 16. Dez. 1927; 1 D 1142/27.) [A.]

54a. Unzulängliche Prüfung der (bejahten) Frage, ob ein bestimmtes Beweismittel ungeeignet sei.†)

Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung die Vernehmung des Emil B. und des Kurt G. darüber beantragt,

1. die Frau B. habe sich selbst als Zeugin für die später von ihr beschworene Aussage angeboten,
2. die Frau B. habe von der Angekl. in dem Strafverfahren gegen sie, die B., eine falsche Aussage verlangt,
3. die Frau B. habe auch den Kurt G. zu einem Meineid zu verleiten gesucht.

Das Schwurgericht hat diesen Beweisantrag als unerheblich abgelehnt, weil die in das Wissen der Zeugen gestellten Tatsachen zum Teil als wahr unterstellt werden könnten, im übrigen die benannten Zeugen, weil sie uneidlich vernommen werden würden und beide der Eidesverletzung schuldig sind, als Erkenntnisquellen nicht in Betracht kämen. Diese Begründung gibt Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Zunächst ist ein Beweisantrag nur dann „unerheblich", wenn er eine Tatsache betrifft, die für die Beurteilung der Schuld- und Straffrage überhaupt nicht in Betracht kommt (vgl. RGSt. 61, 359). Das ist hier, wo die Unglaubwürdigkeit der Hauptbelastungszeugin nachgewiesen werden soll, nicht der Fall; die behaupteten Tatsachen sind an sich hierzu geeignet. Das scheint auch das Schwurgericht anzunehmen, wie aus seiner weiteren Begründung hervorgeht. Ferner ergibt diese nicht, welche der Tatsachen als wahr unterstellt werden könnten, und bei welchen dies nicht zutrifft. Eine eindeutige Erklärung hierüber wäre erforderlich gewesen. Außerdem aber erscheint es im vorliegenden Falle nicht zulässig, zwei Personen um deswillen als ungeeignete Beweismittel anzusehen, weil sie unbeeidigt vernommen werden müßten und der Eidesverletzung schuldig seien. Denn das Schwurgericht gründet seine Überzeugung von der Schuld des Angekl. im wesentlichen auf die Aussage einer Zeugin, die sich mehrerer Eidesverletzungen schuldig gemacht hat und deswegen zu schwerer Zuchthausstrafe verurteilt ist und uneidlich hat vernommen werden müssen. Diese Aussage wird im Urteile als glaubwürdig bezeichnet und schon daraus ist zu entnehmen, daß die angeführten Gründe nicht unter allen Umständen ausreichen, um der Aussage solcher Personen jeden Beweiswert zu nehmen. Es bedarf in dem ablehnenden Beschluß eines Eingehens auf die besonderen Verhältnisse des Falles. Das fehlt hier.

Es fragt sich, welchen Einfluß diese Verstöße auf das ergangene Urteil gehabt haben. Nach den Urteilsgründen hat das Schwurgericht die Behauptungen über „die Beeinflussungsversuche der Zeugin B.", womit es offensichtlich die eingangs unter 2 und 3 aufgeführten Beweistatsachen meint, als wahr unterstellt. Mehr würde die Angekl. auch nicht haben erreichen können, wenn die Beweise erhoben worden wären. Das setzt aber voraus, daß das Gericht bei Bildung seiner Überzeugung diese Tatsachen nach jeder Richtung hin als wahr behandelt hat. Das hat es insofern getan, als es darlegt, daß es unerheblich sei, ob die Zeugin B. solche Beeinflussungsversuche vor ihrer Umkehr und Läuterung, d. h. der Sinnesänderung, die sie zu ihren Geständnissen veranlaßt habe, vorgenommen hat. Aber es hat dabei doch nicht beachtet, daß, wenn diese Tatsachen wirklich wahr sein sollten, die Zeugin dann durch ihre Ableugnung sich einer neuen Unwahrhaftigkeit schuldig gemacht hätte, die ihre Glaubwürdigkeit zu ver-

---

punkt ablehnt. Die Beschaffung einer erschöpfenden Tatsachengrundlage des zu erstattenden Sachverständigengutachtens durch Vernehmung weiterer Zeugen ist keineswegs bloße Sachverständigen-, sondern ureigenste Richteraufgabe. Hierfür ist maßgebend die richterliche Materialbeschaffungspflicht nach § 244 Abs. 3 StPO. Der Sachverständige ist Richtergehilfe bei Begutachtung beigeschafften Tatsachenmaterials und erforderlichenfalls bei der Beischaffung desselben, soweit hierzu besondere Sachkunde erforderlich wird. Für die Beischaffung als solche enthebt er den Richter niemals seiner eigenen Forscheraufgabe. Sie war im vorl. Fall noch ganz besonders durch all die Umstände nahegelegt, die das reichsgerichtl. Urt. zutreffend bei seiner Rüge „in sachlich-rechtlicher Beziehung" hervorhebt.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg

Zu 54a. 1. Das SchwG. hat den Beweisantrag u. a. deshalb abgelehnt, weil die in dem Antrag benannten Zeugen uneidlich vernommen werden müßten und der Eidesverletzung schuldig, daher ungeeignete Beweismittel seien. Es hat die Zeugen also im Wege der Beweiswürdigung im voraus, ohne sie zu vernehmen, als unglaubwürdig verworfen. Wenn das RG. daraufhin das schwurgerichtliche Urteil aufgehoben hat, so wird es allseitiger Zustimmung gewiß sein können. Zu beanstanden ist indes, daß das RG. hier, wie in seiner bisherigen Rspr., das Verbot der Vorwegnahme der Beweiswürdigung nicht in seiner vollen Strenge erfaßt: ein Beweismittel unbesehen als wertlos zu verwerfen, soll dann zulässig sein, wenn sich die völlige Wertlosigkeit aus den „besonderen Umständen des Einzelfalls" ergibt. Deshalb bemängelt das RG. den schwurgerichtlichen Beschluß auf Ablehnung des Beweisantrags auch nur deshalb, weil er auf die besonderen Umstände des Einzelfalls nicht eingegangen sei, und dies, obwohl gerade im vorl. Falle Bedenken hinsichtlich der Abschätzung des Werts der Zeugen bestanden. Gegen solche Abschwächung des Verbots der Vorwegnahme der Beweiswürdigung hat sich das Schrifttum überwiegend ausgesprochen (vgl. Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 380; Graf Dohna, Strafprozeßrecht S. 162; Gerland, Strafprozeßrecht S. 365; Rosenfeld, Lehrb. S. 228; derselbe in der Sammlung Göschen 2, 97). In der Tat beruht es auf einer Täuschung, wenn das RG. meint, daß sich an Hand der Umstände des besonderen Falles ein absolut sicheres Unwerturteil über ein Beweismittel fällen lasse. Diese besonderen Umstände sind ja nichts anderes, als die nach der bisherigen — noch unvollständigen — Beweisaufnahme hervorgetretenen. Um ihretwillen das Beweismittel für ungeeignet erklären bedeutet gar nichts anderes als die Ablehnung des Beweisantrages, „weil die Sache genügend aufgeklärt sei", was das RG. selbst stets für unstatthaft erklärt hat. Wie mißlich es ist, die

mindern geeignet wäre. Überdies lassen aber auch die eingehenden Darlegungen, daß durch die Bekundungen der anderen Zeugen diese als wahr unterstellten Behauptungen nicht bestätigt worden seien, Zweifel darüber aufkommen, ob diese Aussagen bei der Beweiswürdigung außer Betracht gelassen worden sind.

Als unwahr ist auch nach den Urteilsgründen die weitere unter Beweis gestellte Behauptung angesehen worden, die Zeugin B. habe sich selbst als Zeugin für die später von ihr beschworene Aussage angeboten. Ihre Wahrheit würde ja auch eine Anstiftung der Zeugin durch die Angekl. ausschließen. Die Ablehnung des Beweisantrags wird auch im Urteil nur damit begründet, daß das Gericht den Aussagen der beiden als Zeugen benannten Personen keinen Glauben schenken könne. Bei dem Ehemann B. führt es hierfür außer den in dem verkündeten Beschluß enthaltenen Gründen noch an, daß er gegen seine Ehefrau auf das schärfste eingenommen sei, sie bereits in der gehässigsten Weise angegriffen habe und deshalb seine Aussage unrichtig zu deren Ungunsten erstatten würde, um sie hereinzureißen. Es mag sein, daß eine so gehässige Einstellung gegen die Ehefrau einen Zeugen auch in einem Verfahren, in dem diese nicht als Angekl., sondern als Zeugin beteiligt ist, zu unwahrer Aussage veranlaßt, wenn er nicht eine Beeidigung zu erwarten hat. Aber dafür, daß die Glaubwürdigkeit des Sohnes der Angekl., Kurt G., vollständig aufgehoben sei, fehlt jede weitere Begründung auch in den Urteilsgründen. Kurt G. ist nicht wegen eines Eidesverbrechens bestraft, seine Beeidigung war deshalb zwar nicht vorgeschrieben — wegen der nahen Verwandtschaft zur Angekl. —, aber sie durfte erfolgen, und es erscheint bedenklich, wenn das Gericht sein pflichtmäßiges Ermessen über die Beeidigung bereits ausübt, ehe es die Aussage kennt, und einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen gewonnen hat. Nun wird freilich ferner angeführt, der Zeuge habe bereits eine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben. Selbst wenn er deshalb bestraft wäre, würde durch § 161 StGB. die rechtliche Möglichkeit seiner Beeidigung nicht ausgeschlossen sein, aber es ist dem Schwurgericht zuzugeben, daß seine Glaubwürdigkeit dadurch beeinträchtigt ist. Trotzdem durfte das Schwurgericht nicht unbeachtet lassen, daß diese Verfehlung um etwa 2 Jahre zurückliegt, möglicherweise auch nur unter dem Drucke seines Vaters verübt worden ist, und daß auch bei dem Zeugen, ebenso wie bei der Zeugin B., eine Sinnesänderung eingetreten sein kann, zumal er durch die Verurteilung seines Vaters zu schwerer Zuchthausstrafe die Folgen von Eidesverletzungen kennen gelernt hat. Vor allem mußte in einem Falle, in dem die Belastung der Angekl. im wesentlichen durch eine eidesunfähige und früher völlig unglaubwürdige Zeugin erfolgte, jedes auch nur irgendwie erreichbare Beweismittel erschöpft werden, um zu prüfen, ob denn wirklich die jetzigen Bekundungen dieser Zeugin nur die Folge einer neuen geläuterten Sinnesart sind und sie nicht doch durch Beweggründe der Feindschaft oder der Rache, oder auch nur durch den Wunsch, selbst als das Opfer einer Verführung weniger schuldig zu erscheinen, bei ihrer zuerst in der gegen sie selbst wegen des Meineids durchgeführten Hauptverhandlung vorgebrachten Beschuldigung der Angekl. und dann als Folge hiervon in ihren weiteren Aussagen mehr oder weniger mitbestimmt worden sind.

Ob sich das Schwurgericht dieser besonderen, ihm durch die ganz eigenartige Lage des Falls in höherem Maße noch als in anderen Fällen obliegenden Verpflichtung bei der Ablehnung des Beweisantrags bewußt gewesen ist, erscheint

---

Beweiswürdigung auf dem Hintergrunde der „besonderen Umstände des Falles“ vorwegnehmen zu lassen, zeigt sich übrigens auch darin, daß sich alsdann die Beweiswürdigung sogar in die Funktionen des **Revisions**gerichts einschleicht, das dazu gewiß nicht berufen ist und die „besonderen Umstände des Falles“ nicht umfassend überschaut.

2. Einen weiteren Prozeßverstoß findet das RG. darin, daß das SchwG. bei Ablehnung des Beweisantrages die **Tatsachen, die es als wahr unterstelle, nicht bestimmt angegeben** habe. Nun hat aber für das RevG. der Zweifel darüber, welche Tatsachen gemeint seien, die nötige Aufklärung in den Urteilsgründen gefunden. Wenn also die Undeutlichkeit der Kennzeichnung einen Prozeßverstoß darstellen soll, so kann dieser nur darin gefunden werden wollen, daß die Parteien bei Verkündung des Beschlusses nicht gehörig aufgeklärt worden seien. Um dieses Verstoßes halber könnte aber das Urteil nur dann aufgehoben werden, wenn sich zeigte, daß eine Partei durch diese Unkenntnis verhindert worden wäre, irgendwelche das Urteil beeinflussende Erklärungen abzugeben. Derartiges erhellt hier nicht; auf dem Verstoß beruht das Urteil also nicht.

Merkwürdigerweise hat aber das RG. **den** Prozeßverstoß, der wirklich das Urteil hinfällig macht, als solchen gar nicht hervorgehoben. Er besteht darin, daß das SchwG. die Tatsachen, die es zuvor (bei Ablehnung des Beweisantrags) als wahr unterstellt hatte, **nicht auch im Urteil als wahr festgehalten hat.** Das RG. geht hierauf erst und nur da ein, wo es sich darum handelt, ob der in der Undeutlichkeit der Kundgebung bestehende Verstoß für das Urteil „kausal“ geworden sei. Aber dorthinein gehört er nicht. Die Pflicht des Gerichts, den Beschluß und das Urteil in Ansehung der „Unterstellung als wahr“ in Übereinstimmung zu halten, ist offensichtlich eine andere als die, klar zu sagen, welche Tatsachen es als wahr unterstellt. Es handelt sich um zwei verschiedene Verstöße, was sich schon darin zeigt, daß der Widerspruch zwischen dem Standpunkt des Beschlusses und dem des Urteils das letztere auch dann hinfällig macht, wenn das Gericht die Tatsachen, die als wahr genommen werden sollten, mit aller wünschenswerten Klarheit gekennzeichnet hat.

Hier ist nun etwas Weiteres zu erwägen. Wenn das Gericht einen Beweisantrag deshalb ablehnt, weil die unter Beweis gestellte Tatsache als wahr unterstellt werde, so ist dieses Verfahren, wie allgemein anerkannt, einwandfrei; es begründet nur eine Gebundenheit des Gerichts für die Urteilsfällung. Geht es dann im Urteilssyllogismus von jener Unterstellung ab, so liegt folglich der Prozeßverstoß erst im **Urteilsakt**, nicht in dem Beschluß, durch den der Beweisantrag abgelehnt wurde. (Die Konstruktion, daß das Gericht durch die spätere Nichtfesthaltung der Unterstellung den Beschluß nach rückwärts hin unzulässig, also zu einem Prozeßverstoß, mache, wäre sicher gekünstelt.) Daraus könnte man schließen wollen, daß eine Revisionsrüge, die nur den Beschluß auf Ablehnung des Beweisantrags als den untergelaufenen Prozeßverstoß kennzeichnet (und allem Anschein nach hat im vorl. Falle die Revisionsrüge nur darauf gelautet), dem RevG. nicht die Möglichkeit gebe, nachzuprüfen, ob jener **andere** Prozeßverstoß (die Unstimmigkeit zwischen Urteilssyllogismus und Beschluß) untergelaufen sei. Juristisch sind in der Tat die Gesichtspunkte verschieden. Indessen verlangt § 344 II StPO. nicht juristische Charakterisierungen des Verstoßes, sondern nur Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen. Und wenn der Revisionsführer das Faktum des Beschlusses auf Ablehnung des Beweisantrags als die Stelle im Verfahren bezeichnet hat, an der die juristische Prüfung einsetzen soll, so wird man dies als eine genügende Aufforderung zur Prüfung auch der mit dem Ablehnungsbeschluß in Zusammenhang stehenden Prozeßvorgänge anzusehen haben (vgl. über Geltendmachung und Tragweite von Prozeßrügen meine Bemerkungen in JW. 1924, 909, 1791).

Das RG. hat also recht daran getan, wenn es die schwurgerichtliche Urteilsurkunde daraufhin angesehen hat, ob in ihrem Syllogismus die zuvor als wahr unterstellte Tatsache als wahr beibehalten worden ist. Bei dieser Prüfung hat sich nun nicht mit Sicherheit ergeben, daß das SchwG. seinen Standpunkt gewechselt hat; die Urteilsbegründung hat in dieser Hinsicht nur „Zweifel aufkommen lassen“. Wie das RevG. in derartigen Fällen zu entscheiden hat, bildet eine Streitfrage. Nach **Binding** soll die Rev. nur dann durchdringen können, wenn der in Rede stehende Prozeßverstoß klar erhellt; bei bloßer Möglichkeit seines Untergelaufenseins soll die Rev. als gescheitert behandelt werden. Das RG. hat in ständiger Rspr. den gegenteiligen Standpunkt vertreten und die Rev. schon dann als begründet angesehen, wenn sich die Möglichkeit ergeben hat, daß der Verstoß vorgekommen sei und das Urteil auf ihm beruhe. So auch in obigem Falle. Ich pflichte der Rechtsauffassung des RG. bei.

3. Das RG. legt dem SchwG. noch einen dritten Prozeßverstoß zur Last: das SchwG. habe den Beweisantrag nicht — wie es getan — als „**unerheblich**“ ablehnen dürfen, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen sehr wohl erheblich seien, übrigens auch das SchwG. selbst sie als erheblich behandelt habe. Hier liegt wohl auf seiten des RG. ein Mißverständnis vor. Das RG. identifiziert die Unerheblichkeit eines **Beweisantrags** mit der Unerheblichkeit des **Beweisthemas** und unterstellt dem SchwG., dieses habe seinen ablehnenden Beschluß außer auf die zwei vorstehend (Ziff. 1 und 2) besprochenen Ablehnungsgründe auf die Unerheblichkeit des Beweisthemas als dritten Ablehnungsgrund gestützt, was natürlich fehlsam gewesen wäre. Aber das SchwG. hat ja eben nur den **Beweisantrag selber** als „unerheblich“ bezeichnet und unter einem unerheblichen Beweisantrag offenbar einen solchen verstanden, dem gegenüber Ablehnungsgründe beständen. Das ist sachlich ganz deutlich gedacht und läßt sich auch hinsichtlich der Ausdrucksweise nicht bemängeln. Vom Standpunkte des Gerichts aus kann man die Beweisanträge, denen dieses aus irgendeinem Grunde nicht zu folgen braucht, sehr wohl als „unerheblich“ bezeichnen.

Prof. Dr. v. **Beling**, München.

zweifelhaft und deshalb muß auf die Verfahrensrüge hin das Urteil aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 25. Juni 1928; 2 D 600/28.) [D.]

55. § 253 StPO. Erschwerung des Erscheinens wegen großer Entfernung gibt es auch innerhalb des Gerichtsbezirks.

In der Verhandlung vor dem BG. zu A. wurden auf verkündeten Gerichtsbeschluß die Protokolle über die in erster Instanz erfolgte kommissarische Vernehmung der teils auf Helgoland, teils zu Brunsbüttelkoog wohnhaften Zeugen verlesen. Dabei wurde festgestellt, daß der Grund der kommissarischen Vernehmung, nämlich Erschwerung des Erscheinens der Zeugen wegen großer Entfernung, noch fortdauere. Unter diesen Umständen war die Verlesung an sich zulässig (RGSt. 59, 299 [302]). Die Rev. bezweifelt dies nur deshalb, weil Brunsbüttelkoog zum Land-, Helgoland sogar zum Amtsgerichtsbezirk Altona gehöre, mithin von besonderer Erschwerung des Erscheinens wegen großer Entfernung keine Rede sein könne. Wenn damit aus der Zugehörigkeit zum Gerichtsbezirk rechtsbegrifflich die Verneinung der Voraussetzung des § 253 Abs. 2 StPO. hergeleitet werden sollte, so würde das verfehlt sein. Ob jene Voraussetzung vorliegt, ist eine von der Zugehörigkeit zum Gerichtsbezirk unabhängige reine Tatfrage (RGSt. 52, 86 [87]) und braucht nicht einmal bloß von dem absoluten Abstand der Orte abzuhängen. Die Wege- und Transportverhältnisse, Witterung, Jahreszeit u. a. können dabei eine Rolle spielen.

(3. Sen. v. 19. März 1928; 3 D 1201/27.)

56. § 260 StPO. Zulässigkeit der Aufrechterhaltung einer Gesamtstrafe trotz Wegfalls einer ihrer Bildung zugrunde gelegten Einzelstrafe.†)

Der Eröffnungsbeschluß und mit ihm übereinstimmend das Schöffengericht legten dem BeschwF. u. a. einen selbständigen Betrug zum Nachteile des P. zur Last. Die Strafkammer hat in diesem Falle den Schuldbeweis nicht für geführt erachtet. Mit Recht rügt die Rev., daß sie unterlassen habe, insoweit auf Freisprechung zu erkennen. Dieser Verstoß gegen § 260 StPO. konnte gem. § 354 StPO. von hier aus beseitigt werden.

Nicht dagegen verstieß die StK. dadurch gegen § 331 StPO., daß sie trotz des hiernach sich ergebenden Wegfalls der vom Schöffengericht wegen des Falls P. erkannten Einzelstrafe die Gesamtstrafe von 1 Jahr 6 Monaten Gefängnis nicht herabminderte (RGE. III 111/25 v. 6. April 1925).

(3. Sen. v. 11. Juni 1928; 3 D 360/28.) [D.]

57. §§ 264, 332 StPO.; § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

I. Umgestaltung der Strafklage in der Berufungsinstanz.

II. Kredit kann ein Vermögensstück dessen sein, dem es bewilligt ist, nicht aber des Kreditgebers. Untreue eines Bankbeamten durch Kreditgeben namens der Bank. Unrichtige Buchungen ohne ihnen zugrunde liegende Abmachungen der Beteiligten erfüllen nicht den Tatbestand der Untreue.

I. Wenn die Berufung — zumal wie hier, sowohl vom Angekl. als auch von der Staatsanwaltschaft — unbeschränkt eingelegt worden ist, so gilt nach § 318 StPO. der ganze Inhalt des ersten Urteils als angefochten. Hieraus darf jedoch, ebensowenig wie aus der Vorschrift, daß in der Berufungsverhandlung das angefochtene Urteil stets zu verlesen sei (§ 324 Abs. 1 Satz 2 StPO.), gefolgert werden, daß für das Berufungsverfahren an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses das angefochtene Urteil trete und dafür maßgebend sei, was den Gegenstand der Urteilsfindung zu bilden habe. Das wird vielmehr, wie im ersten Rechtszuge, nach § 332 i. Verb. m. § 264 StPO. auch im Berufungsverfahren durch den Eröffnungsbeschluß bestimmt und begrenzt (RGSt. 10, 56; vgl. auch 61, 399). Ohne an die in diesem Beschluß zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung der Begebenheiten gebunden zu sein, lag es daher auch hier dem BG. ob, auf den Eröffnungsbeschluß zurückzugreifen und die darin bezeichnete „Tat“, wie sie sich nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung darstellte, erschöpfend abzuurteilen. Dabei waren unter der „Tat“ nicht die einzelnen im Eröffnungsbeschluß hervorgehobenen Geschehnisse zu verstehen, sondern es war die gesamte Tätigkeit des Angekl. in Betracht zu ziehen, soweit sie mit ihnen einen einheitlichen Vorgang bildete und damit nach natürlicher Auffassung in innerem Zusammenhang stand (RGSt. 24, 370; 51, 127; 56, 324). Gegenstand der öffentlichen Klage i. S. der §§ 151, 264 StPO. waren die einen einheitlichen Vorgang solcher Art darstellenden Vorkommnisse selbst dann, wenn der Eröffnungsbeschluß davon abgesehen hatte, sie zum Gegenstand der Anschuldigung zu machen, ihre Zugehörigkeit zu der in der Anklage bezeichneten Tat vielmehr erst in der Hauptverhandlung zutage trat. Eine solche Umgestaltung des ursprünglichen Gegenstandes der Anklage ist nicht geeignet, die Nämlichkeit der „Tat“ in Frage zu stellen (RGSt. 61, 236, 237), und sie ist namentlich auch dann geboten, wenn das, was der Eröffnungsbeschluß als selbständige Straftaten angesehen hat, nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung eine andere rechtliche Beurteilung erfahren muß, derzufolge es als eine einzige fortgesetzte Handlung anzusehen ist. Ob dabei — insbes. im Rahmen des Fortsetzungszusammenhangs — die Urteilsfindung auf Geschehnisse erstreckt wird, die selbst der erste Richter noch nicht darin einbezogen hat, und die erst in der Berufungsverhandlung als zu der „Tat“ gehörig ermittelt oder zur Sprache gebracht werden, ist ohne Belang; denn auch das BU. hat, wenn es rechtskräftig wird, in den sich aus § 264 StPO. ergebenden Grenzen den Verbrauch der Strafklage wegen der ganzen vom Eröffnungsbeschluß umfaßten „Tat“ zur Folge; dementsprechend muß in diesem Umfange das Recht und die Pflicht zur Umgestaltung der Strafklage (vgl. RGSt. 56, 324; 60, 39, 43) auch dem BG. zuerkannt werden. Seine Urteilsfindung ist daher nicht beschränkt auf das, was der erste Richter als „Tat“ ermittelt und gewürdigt hat, sondern hat sich auf alles das zu erstrecken, was von diesem im Rahmen des § 264 StPO. bei erschöpfender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung als die unter Anklage gestellte „Tat“ zu erfassen gewesen wäre, darüber hinaus aber auch noch auf etwaige begrifflich zu dieser Tat gehörige, erst nach dem angefochtenen Urteil geschehene Begebenheiten. Demgegenüber kann auch das Bedenken nicht durchgreifen, daß bei solcher Auslegung der §§ 264, 332 StPO. dem BU. möglicherweise Vorkommnisse zugrunde zu legen sind, die der erste Richter unberücksichtigt gelassen oder ausdrücklich ausgeschieden hat, so daß insoweit dem Angekl. ein Rechtszug verloren gehe. Denn nach der StPO. besteht das Wesen der Berufung gerade darin, daß, vorbehaltlich der aus §§ 318, 327 sowie aus § 331 StPO. sich ergebenden Einschränkungen, das BG. in völliger Unabhängigkeit von dem erstrichterlichen Verfahren und dessen Ergebnissen über den Gegenstand der Anklage aufs neue zu verhandeln, dabei auch allen zutage tretenden Änderungen der Sachlage Rechnung zu tragen und ausschließlich auf Grund der Berufungsverhandlung nach eigener Überzeugung die Entscheidung zu treffen hat. Wer von dem ihm zustehenden Rechtsmittel der Berufung Gebrauch macht, muß daher — einerlei, ob das zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten gereicht — gewärtigen, daß im Rahmen des § 264 StPO. Tatsachen und Begebenheiten erstmalig in Betracht gezogen werden, die der erste Richter noch nicht gewürdigt hat; nicht der Tatbestand des angefochtenen Urteils, sondern die „Tat“ in ihrem ganzen Umfange ist es, worüber die StPO. einen zweiten Rechtszug eröffnet und einen Anspruch auf abermalige Verhandlung und Entscheidung gewährt. Nur die Einbeziehung einer neuen selbständigen Straftat in das Strafverfahren (§ 266

Zu 56. Eine Gesamtstrafe kann trotz teilweiser Freisprechung und Wegfalls von Einzelstrafen ohne Verletzung des Verbots der reformatio in pejus beibehalten werden, solange sie die Summe der übrigen Einzelstrafen, die nicht erhöht werden dürfen, nicht erreicht. Das ist ständige Rspr. und herrschende Lehre (vgl. Doerr, StPO., 11. Aufl. 1928 S. 181, 193, Anm. zu §§ 331, 358 II). Dieser Auffassung entspricht auch die vorl. Entsch. Gegen sie ist daher nichts zu erinnern, obwohl die Aufrechterhaltung einer Gesamtstrafe trotz Wegfalls einer darin enthaltenen nicht unerheblichen Einzelstrafe auf den ersten Blick überraschen und, wenn schon keine Gesetzesverletzung, doch u. U. eine in das Gebiet der Strafzumessung fallende Unbilligkeit darstellen kann.

OLGR. Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Abs. 1 StPO.) ist in der Berufungsverhandlung ausgeschlossen (GoltdArch. 42, 251; RGSt. 42, 91). Ebensowenig vermögen aber die Hinweise auf die hier nicht zutreffenden Urt. des RG. v. 30. Sept. 1912 (RGSt. 46, 218) und vom 3. Mai 1923, 2 D 259/23, die Bedenken zu rechtfertigen, die von der Rev. dagegen erhoben werden, daß das BG. die Fälle betreffend Sch. und K. der Verurteilung des Angekl. mit zugrunde gelegt hat, obwohl sie zwar in der Anklageschrift erwähnt, im Eröffnungsbeschluß jedoch nicht hervorgehoben waren und das SchöffG. es abgelehnt hatte, sie zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. Entscheidend ist, daß die über die Anklage beschließende StK. die vorbezeichneten beiden Fälle bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht ausdrücklich ausgeschieden und insoweit keine Außerverfolgungsetzung des Angekl. ausgesprochen hat, die der Einbeziehung dieser Fälle als Teilhandlungen einer dem Angekl. zur Last fallenden fortgesetzten Straftat entgegenstehen könnte. — II. 1. Mit der ständigen Rspr. des RG. ist daran festzuhalten, daß i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. unter einem „Vermögensstück" des „Auftraggebers" nur ein bestimmter einzelner zu dessen Vermögen gehörender Gegenstand von wirtschaftlichem Wert zu verstehen ist, daß dagegen die bloße Belastung des Vermögens als solchen mit einer Schuldverbindlichkeit, ohne daß diese für einen bestimmten einzelnen Vermögensgegenstand eine Vermögensänderung herbeiführt, nicht unter § 266 Abs. 1 Nr. 2 fällt. 2. Außer körperlichen Sachen und den in § 266 Abs. 1 Nr. 2 ausdrücklich genannten Forderungen, zu denen ohne weiteres auch ein dem Auftraggeber zustehendes Guthaben zu rechnen ist, kann, wie das RG. wiederholt anerkannt hat, für den Auftraggeber auch ein ihm bewilligter Kredit ein Recht von wirtschaftlichem Wert und demgemäß ein Vermögensstück sein, vorausgesetzt, daß es sich nicht um ein unverbindliches Inaussichtstellen eines Kredits handelt, sondern daß ein solcher, wenn auch widerruflich, in bestimmter Höhe mit unmittelbarer Ausnutzungsbefugnis fest eingeräumt worden ist. Denn hierdurch erwächst demjenigen, der ihn bewilligt erhält, das Recht, über diesen Kredit als wirtschaftlichen Wert zu verfügen (Urt. des erk. Sen. v. 24. Sept. 1925, 2 D 288/25, und des 1. StS. v. 8. Nov. 1927, 1 D 719/27 = JW. 1927, 3010[25]). Auf seiten des Kreditgebers stellt dagegen die Kreditbestellung kein Verfügen über ein Vermögensstück dar; er entäußert sich nicht eines bestimmten Vermögensgegenstandes, sondern belastet, gleich dem Bürgen, nur das Vermögen als solches mit der sich aus der Kreditbestellung ergebenden Schuldverbindlichkeit. Ist aber somit die bloße Kreditbestellung, auch wenn sie in Vertretung des Kreditgebers durch einen Bevollmächtigten erfolgt, nur als Belastung des Vermögens des Vertretenen anzusehen, so kann sie i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 selbst beim Vorliegen der Benachteiligungsabsicht den Tatbestand einer Untreue des Bevollmächtigten wenigstens nicht unmittelbar erfüllen. 3. Gleichwohl wird hierdurch nicht ausgeschlossen, daß die Erfüllung der Verpflichtungen, die durch die unbefugte Krediteinräumung begründet werden, mit ihr in solchem Zusammenhange stehen und mit ihr so sehr ein einheitliches Ganzes bilden kann, daß darin insgesamt ein benachteiligendes Verfügen des Bevollmächtigten über bestimmte Vermögensstücke des Kreditgebers und demgemäß ein Verwirklichen auch dieses Merkmales der Untreue gefunden werden kann. Denn die Kreditbestellung soll in der Regel und wird meistens dazu führen, daß der Kreditgeber vereinbarungsgemäß aus seinem Vermögen Barzahlungen für den Kreditnehmer leistet oder zu dessen Gunsten sonstige Verfügungen über bestimmte „Vermögensstücke", insbes. über ein eigenes Guthaben oder einen eigenen Kredit trifft. Ein dem Kreditgeber nachteiliges Verfügen kann hierin freilich an sich noch nicht erblickt werden, weil und soweit es sich dabei lediglich um die Erfüllung einer bereits durch die Kreditbestellung begründeten Verbindlichkeit handelt, und das muß auch dann gelten, wenn nicht der Kreditgeber selber, sondern ein Bevollmächtigter für ihn den Kredit bestellt und nur zur Erfüllung der infolgedessen geschuldeten Leistung eine hierzu erforderliche Verfügung getroffen hat. Immerhin kann jedoch auch dann dem Bevollmächtigten eine Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 zur Last fallen. Das wird nicht nur dann der Fall sein, wenn er bei der Kreditbestellung seine Vollmacht im Einverständnis mit dem Kreditnehmer zum Nachteil des Kreditgebers mißbraucht hat, so daß diesem in Wirklichkeit aus dem Rechtsgeschäft eine Verpflichtung gegenüber dem Kreditnehmer nicht erwuchs (vgl. RG. 101, 64, 73); es kann vielmehr selbst dann zutreffen, wenn der Bevollmächtigte nur seinerseits sich des den Geschäftsherrn benachteiligenden Mißbrauchs der Vollmacht und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit bewußt war, bei Inanspruchnahme des Kredits über Vermögensstücke des Geschäftsherrn zu dessen Nachteil verfügen zu müssen. Denn wenn er diesen Vorsatz schon bei der Kreditbestellung hatte, so kann es für die Frage, ob er sich durch dessen Verwirklichung nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 einer Untreue zum Nachteil seines Vollmachtgebers schuldig macht, nicht auf die diesem gegenüber rechtswidrige Kreditbestellung ankommen, wenn sie von vornherein nur zur Vorbereitung des ungetreuen Verfügens über Vermögensstücke des Vollmachtgebers und zur Deckung dieses Tuns durch einen widerrechtlich begründeten Anspruch des Kreditnehmers dienen sollte. Strafrechtlich stellt sich vielmehr die vorausgegangene Kreditbestellung in einem solchen Falle nur als ein Mittel zur Herbeiführung des gewollten und erreichten Enderfolges einer dem Vollmachtgeber nachteiligen Verfügung über ihm gehörige Vermögensstücke (Barmittel, Guthaben, Kredite) dar, wie sie zur Anwendung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 vorausgesetzt wird (vgl. RGSt. 61, 6). 4. Wesentlich anders gestaltet sich die Anwendbarkeit des § 266 Abs. 1 Nr. 2, wenn der Kreditnehmer nicht einen bereits bindend zugesagten Kredit in Anspruch nimmt, sondern die Kreditgewährung darin besteht, daß von ihm, insbes. bei der Übernahme eines Auftrages zur Anschaffung von Wertpapieren, ein Vorschuß für die voraussichtlichen Aufwendungen, wie er gerade in dem hier in Betracht kommenden bankmäßigen Geschäftsverkehr üblich ist, oder Leistung Zug um Zug nicht verlangt wird. Handelt hierbei für den Kreditgeber dessen Bevollmächtigter, so ist es — wenigstens bei bankmäßigen Einkaufsaufträgen — ohne weiteres wahrscheinlich, daß er den Auftrag nicht ausführen kann, ohne zu diesem Zweck Vermögensbestandteile seines Vollmachtgebers, insbes. dessen Barbestände, Forderungen, Guthaben oder Kredite als Zahlungsmittel zu verwerten, insofern also über bestimmte „Vermögensstücke" von ihm zu verfügen und dadurch dieses Tatbestandsmerkmal des § 266 Abs. 1 Nr. 2 zu verwirklichen. Daß hierbei dem Kreditnehmer Kredit gewährt wird, hat — anders als die Stundung einer bereits bestehenden Forderung — in der Regel nur Bedeutung für das weitere Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung des kreditgebenden Geschäftsherrn, die darin liegt oder dadurch verstärkt wird, daß der Bevollmächtigte die Vermögensstücke, über die er verfügt, ohne eine entsprechende Gegenleistung und ohne ausreichende Sicherheiten aus der Hand gibt. 5. Für den Begriff des „Verfügens" i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. kommt außer dem bereits erörterten noch in Betracht, daß bei Forderungen nach der bisherigen Rspr. des RG. hierunter nur ein Eingriff rechtlicher Art verstanden werden kann (RGSt. 39, 337; 46, 149; GoltdArch. 47, 450; 59, 122; ferner 3 D 984/11; 3 D 397/13; 4 D 1517/23; 4 D 543/21; vgl. auch 2 D 318/27). Maßnahmen, die lediglich eine Verdunkelung der Rechtslage bezwecken und herbeizuführen geeignet sind, jedoch das Forderungsrecht selbst in seinem rechtlichen Bestand und Inhalt unberührt lassen, erfüllen regelmäßig nicht den Begriff einer „Verfügung" über die Forderung. Unrichtige Eintragungen in die Geschäftsbücher vermögen daher, wenn ihnen rechtswirksame Abmachungen der Beteiligten nicht zugrunde liegen, jedenfalls im allgemeinen den Tatbestand einer Untreue nicht zu erfüllen. Freilich soll nach dem Urt. des 1. StS. v. 17. Dez. 1926 (RGSt. 61, 78) schon darin ein „Verfügen" zum Nachteil einer Bank gefunden werden können, daß im Rahmen eines geregelten Geschäftsverkehrs ein Anspruch mit einem zu niedrigen Betrage gebucht wird, weil dadurch bewirkt werde, daß er innerhalb des sich im übrigen ordnungsmäßig abspielenden Geschäftsbetriebes der Bank zu niedrig erscheine und darum mit Wahrscheinlichkeit zu einer Befriedigung der Bank mit einem zu niedrigen Betrage führe. Diesem Urteil kann indes angesichts der in ihm nicht erörterten entgegenstehenden Rspr. des 3. StS. (Urt. v. 4. Jan. 1912, 3 D 894/11, und vom 5. Juni 1913, 3 D 397/13; vgl. ferner das Urt. v. 13. Nov. 1923, 4 D 543/23, sowie auch 2 D 318/27) keine allgemeine, über den entschiedenen be-

sonderen Fall hinausgehende Geltung zuerkannt werden. Jedenfalls ist der jenem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt, wonach von vornherein die der Bank erwachsenen Provisionsansprüche absichtlich zu niedrig berechnet und nur mit diesen Beträgen zu Lasten der Kunden, die tatsächlich nur die ermäßigten Provisionssätze schulden sollten, gebucht wurden, wesentlich verschieden von dem gegen den Angekl. K. bisher festgestellten Sachverhalt, wonach die der Kreissparkasse wirklich erwachsenen Ansprüche richtig gebucht und erst nachträglich Umbuchungen durch grundlose Gutschriften auf den Konten der Schuldner unter entsprechender Belastung der Konten anderer Kunden vorgenommen wurden.

(2. Sen. v. 19. Dez. 1927; 2 D 946/27.) [D.]

58. Die Bestimmungen des § 265 Abs. 1 und 2 StPO. beziehen sich nicht auf eine lediglich in tatsächlicher Beziehung abweichende Würdigung des dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegenden Sachverhalts.†)

Nach den Bestimmungen der StPO. ist ein besonderer Hinweis des Angekl. auf eine „veränderte Beurteilung" nur vorgeschrieben für den Fall, daß seine Verurteilung aus einem anderen, als dem im Eröffnungsbeschlusse angegebenen Strafgesetze erfolgen soll oder vom Strafgesetze besonders vorgesehene die Strafbarkeit erhöhende Umstände behauptet werden (§ 265 Abs. 1 und 2 StPO.). Keine dieser Voraussetzungen lag hier vor. Das Hauptverfahren gegen den Angeklagten war eröffnet worden unter der Beschuldigung, er habe am 9. Okt. 1924 vor dem AG. in D. wissentlich ein falsches Zeugnis mit einem Eide bekräftigt. Wegen dieses Verbrechens des Meineides (§§ 153 und 154 StGB.) ist die Verurteilung des Angekl. auch erfolgt, und zwar mit der Begründung, er habe bei seiner beeideten Zeugenaussage wesentliche Tatsachen verschwiegen. Ob das Schwurgericht hierbei von der Darstellung der Anklageschrift hinsichtlich der als verschwiegen bezeichneten Tatsachen abgewichen ist und andere den Gegenstand der Vernehmung betreffende Tatsachen als wissentlich verschwiegen erachtet hat, war für die rechtliche Beurteilung der Tat ohne Einfluß. Auf eine lediglich in tatsächlicher Beziehung von der Auffassung der Anklageschrift abweichende Würdigung des dem Eröffnungsbeschlusse zugrunde liegenden Sachverhalts beziehen sich die Bestimmungen des § 265 Abs. 1 und 2 StPO. nicht.

(3. Sen. v. 5. Juli 1928; 3 D 518/28.) [A.]

59. § 265 StPO. 1. Unschädliche Unterlassung des Hinweises auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes. 2. Genügender Hinweis durch Feststellung des Vorsitzenden, daß vom Nebenkläger wegen Nichtanwendung des veränderten rechtlichen Gesichtspunktes Berufung eingelegt sei.]†)

1. Eine Verletzung des § 265 StPO. ist insofern zuzugeben, als dem Angekl. im Eröffnungsbeschluß und ebenso im Urt. des Schöffengerichts nur Hehlerei durch Ansichbringen von Steuerzeichen zur Last gelegt war und daher die Verurteilung auch wegen der durch Mitwirken zu ihrem Absatz begangenen Hehlerei nicht ohne vorherige Hinweisung des Angekl. auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hätte erfolgen dürfen (RGSt. 56, 324, 326). Durch die Unterlassung der Hinweisung ist er jedoch nicht beschwert. Denn er hatte in der Berufungsverhandlung den diese Verurteilung begründenden Tatbestand in vollem Umfang so eindeutig zugegeben, daß die voraussichtliche Verurteilung auch wegen hehlerischen Mitwirkens zum Absatz als einer Teilhandlung seiner fortgesetzten hehlerischen Betätigung auf der Hand lag und nicht nur ihm selbst, der sich „zu seiner Tat der Hehlerei" bekannte und „nur wegen Hehlerei verurteilt werden" wollte, sondern namentlich auch seinem Verteidiger gar nicht entgangen sein kann. Auf dem Verstoß gegen § 265 StPO. beruht daher die Entsch. nicht (vgl. RGSt. 56, 58, 59). Wie seine Verteidigung wirksamer hätte geführt werden können, wenn die vermißte Hinweisung erfolgt wäre, ist nicht erfindlich. 2. Nach dem Sitzungsprotokoll „stellte der Vorsitzende fest, daß der

---

Zu 58. Die Entsch. erscheint richtig.

Nach § 263 StPO. kann Gegenstand der Urteilsfindung nur die in der Anklage bezeichnete Tat, d. h. das geschilderte historische Faktum, sein. Etwaige Änderungen im Eröffnungsbeschluß beseitigen Fehler, ändern aber nichts an der grundlegenden Bedeutung jener gesetzlichen Vorschrift.

Die vorl. Entsch. erklärt nun das Fallenlassen der in der Anklage der Eidesverletzung angegebenen einzelnen Verschweigungen und ihren Ersatz durch andere Punkte der Verschweigung als für die rechtliche Beurteilung der Tat unerheblich. Es handle sich nur um eine andere Würdigung des dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegenden Sachverhalts, auf welche § 265 Abs. 1 und 2 StPO. sich nicht beziehen. Dies ist richtig, denn die rechtliche Beurteilung des Meineides ist auf Grund beider Arten von Verschweigungen dieselbe. Es folgt dies schon daraus, daß erst durch die Eidesleistung hinsichtlich aller verschwiegenen Tatsachen das einheitliche Eidesdelikt entsteht.

Es kommt bei der Verletzung des § 263 StGB. nur darauf an, ob prozessual eine Klageänderung vorliegt, welche nach § 263 ein Urteil hindert, weil der Rahmen des historischen Faktums nicht eingehalten ist.

Die Entsch. hebt deshalb mit Recht hervor, daß die historische Tat dieselbe geblieben und deshalb die Rev. aus § 263 StPO. unbegründet sei. JR. Dr. Werthauer, Berlin.

Zu 59. Regelmäßig ist die Nichtbeachtung des § 265 StPO. ein Revisionsgrund (RGSt. 21, 272; 25, 340), sogar dann, wenn sich der Verteidiger auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt eingelassen hat (RGSt. 20, 33). Der Wortlaut der Vorschrift, wonach die Verurteilung „nicht erfolgen darf, ohne daß der Angekl. zuvor auf die Veränderung der rechtlichen Gesichtspunkte besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist", muß als derart streng und eindeutig erachtet werden, daß es Ausnahmen von dieser Regel eigentlich nicht geben dürfte. Loewe-Rosenberg schreibt mit Recht II 7b zu § 337 StPO.: „Ein gerechtes Urteil kann präsumptiv nur im Wege eines geordneten, d. h. gesetzmäßigen Verfahrens gefunden werden, und dementsprechend ist bei der Verletzung einer Prozeßvorschrift die Vermutung begründet, daß sie einen das Recht schädigenden Einfluß auf das Urteil gehabt haben könne." Andererseits weist allerdings der gleiche Komm. auch auf den Grundsatz hin, den schon die Mot. 212 enthalten; daß nämlich „der BeschwFührer die Revision nicht auf die Beschränkung einer prozessualen Befugnis gründen könne, wenn er durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß er die Beschränkung für eine ihm nachteilige nicht erachte". Hier haben wir das schwierige Problem vom stillschweigenden Verzicht des Angekl. auf prozessuale Befugnisse. Ich bin der Ansicht, daß ein solcher Verzicht nur in ganz seltenen Ausnahmefällen angenommen werden darf; auf keinen Fall dann, wenn der Angekl. sich ohne Verteidiger in der Hauptverhandlung verantwortet hat.

In Ziff. 1 des vorl. Falles aber dürfte eine solche Ausnahme anzuerkennen sein, weil sich der Angekl. offen und rückhaltslos zu seiner Tat — auch soweit der veränderte rechtliche Gesichtspunkt in Frage kam — bekannt hat; weil er ferner einen Verteidiger zur Seite hatte, der offenbar die Verteidigung auch auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt erstreckt hat.

Es kann somit nicht angenommen werden, daß das Urteil auf dem an sich zweifellos gegebenen, vom RG. auch „zugegebenen" Verfahrensverstoß „beruht".

Die in Ziff. 2 behandelte Feststellung des Vorsitzenden, daß der Präsident des LFinA. Berufung eingelegt habe, weil die Angekl. auch wegen eines anderen Vergehens hätten verurteilt werden müssen, stellt m. E. nicht eine dem § 265 StPO. genügende Hinweisung auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes dar. Das Gesetz verlangt einen „besonderen" Hinweis. Die Feststellung des Vorsitzenden, daß und aus welchem Grunde vom Nebenkl. Berufung eingelegt worden ist, besagt allerdings gleichzeitig und „nicht mißverständlich", daß der Nebenkl. auch die Verurteilung aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte fordert. Damit ist aber — wenn man an der sehr strengen Fassung des § 265 festhält — das Formerfordernis der „Besonderheit" des Hinweises nicht erfüllt. Der Vorsitzende hat durch die Feststellung des Grundes, der den Nebenkl. zur Einlegung der Berufung bestimmt hat, keineswegs ohne weiteres den Angekl. „besonders hingewiesen", daß nunmehr eine Verurteilung möglicherweise auch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte erfolgen kann.

Die unerbittlich strenge Einhaltung so zwingend abgefaßter Verfahrensvorschriften sollte m. E. niemals gelockert werden.

Ob allerdings „die Annahme nicht ausgeschlossen ist, daß hier die Beobachtung der Rechtsnorm des § 265 zu einer anderen Entsch. geführt haben würde", ob m. a. W. das Urt. in Ziff. 2 auf der Gesetzesverletzung beruht, ob insbes. § 338 Ziff. 8 StPO. einschlägt, ist eine zweite Frage, die bei der nur auszugsweisen Mitteilung der Entsch. hier nicht behandelt werden kann.

RA. Dr. E. v. Scanzoni, München.

1 a , # ! # ,5PQ ! L
K , ,, 5 E _ K-
8 5 K / 5P- E ! i + D +
D a #55 /#
! + Q , 9+ ! a
5 ' ? W ! , !
, a E # ! # + # =
5 Q ! + # A > , a =
, [+ , ! ' P + 5
,/ v [K ! , ! 5 Q
Y , 'E # + ! , 9 ,
5 ; ' v ! P 4 =
? & , ! 5
hra 'Q R , v 9 E Q '
a , E ! 5 >
x# [+ # /, 2 5 5 E + 5
, / , ! + 5 a ,5 / {
/ 5P- E ! X +
W + [+ W
, 9+ [# & W L
,+ , ! 3
5 , , , X # Q a /
& # ! ,# + E 5 , {
\ + a + 5 E [# , ,
? + 5 W a# ! 5
[5 - , / P K- ## 8 / /

w 5 5 , / XQ # >
Q v 5K # Q#/ [
& 5 ! 5 a , ! 5
/ , , [! ,#>
+ [P 5 , + / 5# 5 ,
Y , X # P 8 / [{
#55 + Q 5 [K + ,
Y ? [? + Q
/ + , 9 + #[Q ,, [
, / ' , [+ [,X , : >
! 5 :/ [, Q ,, # W , Y Q >
? [K / ' . , {
? ,\ P ' 5 ,
X # Q + ! [K >
' Q /# 5 E v 9 + + [
5 Q a # + r[,
5 ' [U / , _ 5 , ' , ,X
a + X # 5Q + X ' K
9 R , [a ' K , 5
v 9 ! + 5 C + 2 [# ,
5 Q ! + E # >
#55 a ' Q # ,/ Y
Y Q? P Q + , # , P Q
v ! K , a ! Q E ? , (4 # ,
/# E ' [# ! K , 4 #
#5 ! + # XK! ' + Q+

" 3! !" ! Z! (" (! "!Z ! m! 6 Z' Y " E'! m! 6 0
J"! ' (! ""!' 6!* (X) " (! 6 # +(! " ' 6 ! q
" "! !' m' " ' " !'J6! F#! ! ! ' " ' (! Z!' ! (6
I . G '#] "! (! ! $ " E (! G (' ! (G /
"! ! (! X 5 "' 6 " * ' ' ('! ! ;"' ' 6 (G! ' 6
(! I /! " (' " " X "J " " (! 3 J ("! 3! 5 !
' (! D "! E'! X "J " " ' " "! 6 Z! (" ' "' (' '
(! II C G '#> (3! (! (I -! !'(" " ! 6 (!! m K
"!Y " ! X 3!((" !' ! G! ' 6 J(! 6 ! E I C G '#>
(! -! ! " !' ! + J P"! X) " (! 6 ! /! " *
'!" ' -! J " (! X "J " " !' -! " ! 3! #* (! "
m 4!(" (! 8 !' % +3 ! Y LII C G '#> 7 "!#/
" + (" Y + (I /! " ! (! ' " (! 3 J ("!
)! 6 A* Z! !' ! ' ('3'(! ' (! ' ! X !' ! (! ' !
m "!Y " ! ! "!
E 6 (! X) " (! " # ' (! G! ' 6 ! (! 0
'! " !' ' (! " " G !" !' Z! (" 7 (! q
" " Lm !' " ! !' * ! !' ! Y "!# Z ! 6 " '
! "! ! G' ! !35! ! E (!' # 6'!(! Z! (! * (('!
"!#3 !66 " 6 (! X # (! X) " (! " ! !4 !
(! 6"! \!""! ! ' E! X) " (! " # (!6 4 ('!
X6' ! " (! '# "!#] !" "! * (! (!' "' ! - " (! 0
! (! ! "!"! (! (!' ! 3! ' 6 ' + (! Y! ! (!
G! ' B (' (! (X 3 * Z! ! ' G!"! 6 6 !) ! (! M!0
' 6 !' ! J!#3 !3 " (! !' * X' ! " !' " ! q
! 4' "!"! ' (! X) " (! 6 6 ! '/ 3!(' " (6
(! 3!" !' ! 6!#3 ! " (! " (! 5 6 Ld (
(! "! Z 7 "+ (! ! " '!" 8 !' " ' 6 3
m X" ! " (6 ! ' 6 # * ("Z ((* 6(! (
! Y! ! (! G! ' 6 (! !' "! ! ! ! "! ! Y 3 d2. ,, 7
(! +"! m Z !' ! I g ! '7 (' " ('! !' % "! 6 !
>!% X) " 3! 6 ' ! ! "'(' ! (! F "! (! m " Z'!
6 G 60* I X' ! " !' 8 "+ ""Y!' (! ! 6' ! *
Z! (! !) ! (! G !' ! (! P 6 !4 ! L(! m ' 6 !
!) ! 3 (! G 6Z "! ' 6 Z 7 G ' !(! ((""!
X' ! " (3 ! 6 6 L" !' 4! " (! X 3!'("* \! (
G! ' 6 ! ' (! ;$! 6 (" (! 3 3 "!' 0
! Y Z' (7
555 E F "! (! 6 # ' 6!(! + "! (! ! 0
3 ! / m Z!"! 3! 6 ! Z! (! * 7 !' ! (! ! 3 0
' ! "! ' 6 * " (! 6 ' ! (! E! !Y "! +" !' (!
' ' 3 E &D'! 3 ' !5" 'L3 6 (' ! ('! 8 "+ ""Y!' (!
8 !' J + ! 3! >((' \! 6! G' ! Z!' ! , ! 6!'(!
' * ' 4 ! ' 7 L9 (! G (! (! 8 "+ ""Y!' !
6 ' ! Y Z (! * 3!Z! (! ! (!' (! 8 "+ ""Y!' q
! Y J " 3 (! 6 '! 6 3 3 (* 6 (! (G!0
' # #! 3 ((! F3 ! !' ! '3 6 "! !' * ! Z !'
' 6 !'6 "! ! (! (! ' ('! ! m ' 6 !6' '! (! G "! !"
L-! !' " Z!"! !' 4! '!(3 6 3'3 Z 7 0
"!Z! (! * ' * Z!' ' 6 + ('! 6 ' ! "! ' 6 ('! -! ' " '
!"'! ! G 6! 3!'((! ! 6 LII 2 m(* C G #> 7* I ! !
-! 3 (" ("! !" J#""! 8 !' + YJ !' ! I ! (
G! " '!" " ' 3! ' ('"Y!' "! # * -! Z!' "
(J ("! G! '!" LII 2 m * G ' > 7 Z
- #! -Z J! !" " "! "' "!"! ' ('3 ('! F! 6 0
Y (! 8 !' "!' (* (! ! '!" ('! ! ' Z!' (! ' 60

+ " (6 (m! 6 ' ! "! ' 6 * \! (!] "! 3
! 6 " "! +" ' !3' ' (! (! ' " (! m! 6 ^
' ! " ' 6 " ' 6 (! X 6 Y ! (! > ! " ' ! 6 (
! ! Y * ' " ! !' ! "" ('! G "! (! 6 Y ! 3!q
" m 6 + " +(! ('! ! G ! "! "' / m Z!"!
' J"! 6' !'
G !' ! 3!" ' (" ' (! '# !#3 !" "! ' ! " Ɑ
G' ! ! '!" (! "!#(!" + (! (! Y + (I 3! " ! *
(! X) " (! 6 # 6 ' 6 + " (6 (m! " ' ! 0
"! "" !(! \'! (!' 6! ! X 6!' 3!" "!"! * (! X /
) " &(! 35 #* Z!' "' (! m " + (8 !' " *
(! , (!" (! (G "' + " !' ! ! " ! m(!
('! - 7 \' ((6 !" ! (! X) " (! ' # ' 6 K
"! '6 ! * (! " "! ! 8 !' ' (J"""* ' m! 6 Y ^
! Z 6 ! E'! -! 6 " (! F "! (6 (m! 6 ' ! "! ' 6
!" (! ! G!' ! (!" " ' m! " ' ! Z!"! / E'! 0
!Q ! " ' X' ! " (" (m! " ' ! "! "" X' ! " + K
3! \!' " \+ (! (! F "! (! X) " (! 6 ! '!" (!K
! ""! (6!'(! m ! ('! ! ' 6 + (m! " ! 0
"! '!" ('! ! " # * (! (' (! - ' " ! " "! ! 8 !'
Y (6 8 !' "! 6 (! \! (! I 7 (-E "
(! F ' "! " G 6! ! 6'!(! * # ' (! -8 ((!
! ! # " "!" (! \! (! E! !' ! " + Y3! Z!' "
(-E Y ' 6 ' " "! * (! ! G 6! !"!'(! (! F "!
!' ! X) " (! " ! ! "!"! J (! (m " (" (!
-55 (!" ! " ! ! ! 8 !' ' 6 (! 3! 6 !
m' " ((! F!"! (! X) " (! 6 '! " "!
+(! " ("! !' ! \! (! * (! (! ! Y! ! (! G! ' " !' !
' "! ' 6 " "!Y ! * ! " ' 6 !' ! 6! (! # !'
E! ('! G " +" " (! Z ' (! I ! " (5 "
' !' N ' "! O
5- E! (! ' (! ! " ((! I G '#> \' (" "
'#3! (! E! m " (!% G Z % 3! ((! ! m(q
!' " (! ' (! ; ! " (" Z!' ! " G !"! "!(!" !
G ' 6 '!" m "! "!("* 3'! !" (% m 6! * !' !
! ! ! 3! ' " '! ! (! Y' "! ' -! (' (" ' (!
!"Z!(! (! G !"! ! "!(! " (+ ! E I "J ""! I /! " !
\' (6 X ! ! (! G! ' 6 !' ! ! ! E ' (!" "! * ' 6
' !' ! ! ! /! ((! ! ! " !' (! " (!) ! E!
-! (' (" (! " # " * !' ! E 6 +" " 3 "! !# * (!
3' Y " !' ! X) " (! " ! m+ Y " ! ('! ! -! " !
(!' "! ! ! (! ' 'Y ' ! !" (! G! ' 6 !'* Z (!
!' ! X) " (! 65 # '!" (! " J ! ' !Y ' !* !' !
'! ! ')`! " # " "!(! * (' (! m "!Y (! Z!'q
! ! -! " (" "!"! ("! ' 7 ! J" m(! J 6 ' 6!
X' ' ' (! -! " (" \ !* Z! !' IZ!' !A ' 6! ! "' 0
' " '!" (! !"! Y * "" m!3' " (E ! -! (' (" '
" J " 6 m(L-! (! 6! " Y ! (! Z!' ! ! E * !"0
5 6! 8 " J ("Y!' (!% G! ' " 7 G !' ' 7 !' ! 6! -! " ! 0
"! (! E ' (! -! " (" 56! * ' (! -! (' (" 0
(! 6 # " + Y" !" ! * '!" (% I 3! " ! ' Z!' !' 0
" ! ! (! " 6 I . G '92 7 " /! Z!' !
E! 8 !' " + (! \!' ! ! G !"! Z' ("! '!" (6
!' -! 6 #"! ' 6 * (' ' ! ((6 (G! !66 ! !' *
m " (! Z (('! ^ ' 2 m "!Y Lm(,7
'!"!' * (! I' (! ' ! (! m(' 6 ' -! 6 Y ! * ('!

deten Berufungsurteils durch das Revisionsgericht zu ungunsten des Angekl., der (Berufung und) Revision eingelegt hatte.†)

Die Nachprüfung des angefochtenen Urt. v. 8. März 1927 in sachlichrechtlicher Beziehung hat einen Rechtsirrtum nicht ergeben. (Wird ausgeführt.)

Hiernach ist die Rev. des Angekl. gegen das am 8. März 1927 verkündete Urt. unbegründet.

Was das Ergänzungsurteil v. 14. März 1927 anlangt, so rügt die Rev., daß mit der nachträglichen Verkündung dieses Urt. gegen das Verfahrensrecht verstoßen worden sei. Diese Beschwerde erscheint begründet.

Das SchöffG. hatte den Angekl. wegen schwerer Unterschlagung im Amte zu zwei Jahren Gefängnis und zum Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte auf drei Jahre verurteilt. Nach durchgeführter Berufungsverhandlung hatte das LG. am Schlusse der Hauptverhandlung v. 8. März 1927 folgendes Urt. verkündet: „Auf die Berufung des Angekl. wird das erstinstanzliche Urt. dahin abgeändert, daß der Angekl. wegen schwerer Unterschlagung im Amte zu einem Jahr sechs Monaten Gefängnis verurteilt wird. Der Angekl. hat die Kosten seiner Berufung zu tragen."

Nach dem Schlusse der Hauptverhandlung machte der Verteidiger durch Schreiben v. 8. März 1927 das Gericht darauf aufmerksam, daß zwar bei der mündlichen Verkündung der Gründe die Herabsetzung der Dauer des Ehrverlustes auf zwei Jahre mitgeteilt, daß aber in dem verkündeten Urteilsspruch hiervon nichts gesagt worden sei; er verwahrte sich gegen eine nachträgliche Einfügung in den Spruch.

Das LG. hat darauf unter Bezugnahme auf die Entsch. des 2. StS. v. 15. Febr. 1887 (RGSt. 15, 271) einen Termin zur Verkündung eines mitbeschlossenen, aber bisher nicht im Urteilstenor verkündeten Teiles des Urt. auf den 14. März 1927 anberaumt und die Ladung des Angekl. und des Verteidigers hierzu angeordnet. In dem Termine ist weder der Angekl. noch der Verteidiger erschienen. Es ist als Urt. verkündet worden, daß der Angekl. in Ergänzung des Urt. v. 8. März 1927 auf seine Berufung hin überdies unter Abänderung des erstinstanzlichen Urt. zu zwei Jahren Ehrverlust verurteilt werde.

Gegen dieses Verfahren wendet sich die Rev. Sie macht die Unzulässigkeit einer nachträglichen Ergänzung des Urt. geltend, erachtet den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für verletzt und weist darauf hin, daß dem Angekl. in der Verhandlung v. 14. März nicht das letzte Wort gegeben worden sei.

Der Weg, auf dem die StK. zur Ergänzung des Urt. gelangt ist, ist in der erwähnten Entsch. des 2. StS. (RGSt. 15, 271) für zulässig erachtet worden. Dieses Urt. geht davon aus, daß, wenn ein Teil des beschlossenen Urt. nicht mit verkündet worden sei, eine gehörige und vollendete Verkündung noch nicht vorliege; daraus ergebe sich, daß das Urt. so wie es beschlossen sei, verkündet werden müsse. Diese Ergänzung der Verkündung sei so lange zulässig, als die Urteilsverkündung überhaupt zulässig sei, also im Hinblick auf § 268 StPO. innerhalb einer Woche. Diese Frist würde im vorl. Falle eingehalten sein. Dieser Rechtsauffassung hat sich der 5. StS. in dem Urt. v. 5. Dez. 1911 (BayRpflZ. 8, 138) angeschlossen. Auch im Schrifttum hat sie mehrfach Zustimmung gefunden (Löwe-Rosenberg, StPO., 17. Aufl. § 268 Note 6; v.

Zu 65. I. Der erk. Sen. hat sich, obwohl gegenteilige Entsch. zweier Sen. (des 2. und des früheren 5. StS.) vorlagen, zur Anrufung der VerStS. nicht für verpflichtet erachtet. Der 2. Sen. habe auf Anfrage erklärt, daß er an seiner Entsch. nicht festhalte, und der 5. Sen. bestehe nicht mehr. Der Sen. folgt dabei einer Praxis, die in vielen Entsch. des RG. zum Ausdruck gekommen ist (vgl. z. B. RGSt. 48, 400; 58, 383; 60, 178; RG. 93, 144). Als gesetzentsprechend aber kann diese Übung nicht anerkannt werden.

Durch das Erfordern einer Entsch. der VerStS. soll verhütet werden, daß Entsch. gegen Entsch. steht. Die ergangene Entsch. ist eine Tatsache des Rechtslebens geworden und wird nicht dadurch aus der Welt geschafft, daß der Sen., der sie erlassen hatte, nunmehr erklärt, er halte an dieser Rechtsauffassung nicht fest. Auch eine Entsch. der VerStS. hat, obwohl sie sich lediglich auf die streitig gewordene Rechtsfrage bezieht, nicht die Bedeutung einer bindenden Auslegung der in Betracht kommenden Rechtsnormen. Dem einzelnen Sen. ist unbenommen, unter Erklärung seines Dissenses eine abermalige Entsch. der VerStS. herbeizuführen. Um so weniger kann in der Erklärung eines einzelnen Sen., er stehe nicht mehr auf dem Boden seiner früheren Entsch., also in der abstrakten Äußerung einer Rechtsauffassung, ein die vorgängige Entsch. paralysierender Vorgang gefunden werden. Es wird der letzteren dadurch nicht ihre Autorität genommen, zumal wenn man bedenkt, daß die „Erklärung" zumeist in ganz anderer Zusammensetzung beschlossen wird als die einstige Entsch. Es bleibt nach wie vor wahr, daß ein Sen. des RG. in Ausübung seiner gerichtsverfassungsmäßigen Vollmacht anders entschieden hat, als ein anderer Sen. es jetzt für richtig hält. Dazu kommt, daß hinter der Erklärung nicht die Verantwortlichkeit steht, die den Sen. für seine Entsch. trifft. In Gestalt dieser „Erklärungen" hat die Praxis des RG. einem unserem Rechtsleben fremden Gebilde die Kraft von Entsch. beigelegt, durch die frühere gegenteilige Entsch. desavoniert würden. Ein rechtsverbindlicher Gerichtsgebrauch ist dadurch nicht geschaffen worden. Es fehlt der rechtfertigende Grund. Die Tendenz, PlenEntsch. zu vermeiden, wie sie doch vom Gesetz verlangt werden, kann diese Gepflogenheit nicht legitimieren. Die „streitige Rechtsfrage" des § 136 ist eine infolge der früheren Entsch. des einen Sen. und der gegenteiligen Rechtsauffassung des jetzt zur Entsch. berufenen Sen. streitig gewordene Rechtsfrage. Nicht eine Rechtsfrage, die in dem Sinne noch streitig sein müßte, daß jener Sen. in seiner jetzigen Zusammensetzung erklärt, er beharre bei seiner Rechtsansicht.

Der gleichen Beurteilung unterliegt es, daß eine Entsch. des VerStS. für erübrigt gehalten wird, wenn der Sen., der die frühere Entsch. erlassen hatte, nicht mehr besteht. Weitere entsprechende Entsch. sind dann freilich von dieser Seite her nicht mehr zu erwarten. Allein die Autorität der getroffenen Entsch. bleibt doch bei Bestand. Das ist um so einleuchtender, als hier ein aufwiegender Widerruf schon tatsächlich unmöglich ist.

Diese und ähnliche durch den horror pleni veranlaßte Auskunftsmittel würden nicht versucht worden sein, wenn das Gesetz an Stelle des in der Tat sehr beschwerlichen Modus des § 136 die Entsch. durch einen RG.-Ausschuß gesetzt hätte (vgl. in dieser Hinsicht den im GerS. 1909, 74, 270 von mir gemachten Vorschlag).

Die Urteilsvollmacht (im Gegensatz zum Urteilsauftrag) freilich wird durch Nichteinholung einer Entsch. der VerStS. entgegen § 136 GVG. nicht in Frage gestellt. Wohl würde sie zu verneinen sein, wenn sich der Sen. in der fraglichen Sache zu der von ihm eingeholten Entsch. der VerStS. in Widerspruch setzte. Denn die letztere Entsch. hat unbedingt den Vorzug (§ 136 Abs. 3 GVG.).

II. Der jetzt entscheidende Sen. erklärt abweichend insbes. von RGSt. 15, 271 (2. Sen.), die ergänzende Verkündung eines mitbeschlossenen, aber versehentlich nicht mitverkündeten Urteilsteils innerhalb der Frist des § 268 StPO. für unzulässig. Entsprechend Wurzer, Nichturteil und nichtiges Urteil S. 150 (mit unstichhaltiger Begründung).

Da es Pflicht des Gerichts ist, seiner Willensentschließung die Willenserklärung folgen zu lassen, das als Urteil von ihm Beschlossene und Festgehaltene auch zu verkünden, so ist Urteilsverkündung in § 268 StPO. als Verkündung des ganzen beschlossenen Urteils zu deuten. Auslassung eines Urteilsinhalts bei der Verkündung ergibt eine Verletzung des § 268. Durch die ungewollte Pflichtwidrigkeit wird an dem Fortbestande der Pflicht nichts geändert, es sei denn, daß nachträgliche Pflichterfüllung prozessual unmöglich geworden wäre. Die Annahme, daß die in sich abgeschlossene unvollständige Verkündung alsbald das Gericht präkludieren sollte, die Pflicht der vollständigen Verkündung beseitigte und die Pflicht der Nichtverkündung des ausgelassenen Stücks an die Stelle setzte, hat die Wahrscheinlichkeit nicht für sich, sondern gegen sich. Versehentliche Nichtaufnahme eines beschlossenen Urteilsinhalts in der verlesenen Formel hätte sonst die gleiche Bedeutung, wie eine Änderung des Beschlusses vor der Bekanntgabe. Es gäbe also neben gewollter Änderung des Richterwillens noch eine ungewollte, unbewußte infolge eines Verkündungsversehens.

Das unvollständig Erklärte könnte vor den Gewollten nur unter der Voraussetzung den Vorzug haben, daß nachträglicher Ergänzung des Erklärten in Übereinstimmung mit dem Gewollten zwingende Gesetzesvorschrift entgegenstände. Unitas actus bei der Urteilsverkündung ist in § 268 vorausgesetzt, weil das Gesetz von dem normalen Hergange ausgeht und nicht Anlaß hatte, versehentlicher Auslassung eines beschlossenen Urteilsinhalts besonders zu gedenken, aber bindend gefordert ist die Einheitlichkeit nicht. Welcher innere Grund spräche auch dafür, dem Gerichte die Äußerung seines wahren Willens unmöglich zu machen, weil einmal bei der Verkündung ein Teil des Gewollten übersehen worden ist? Man soll nicht ohne Not die Form über die Sache stellen, am wenigsten in Strafsachen.

Präkludiert ist die beschlußgemäße Ergänzung der Verkündung jedenfalls mit der Rechtskraft des (unvollständig verkündeten) Urteils und bei Urteilsanfechtung mit Eintritt des Devolutiveffekts (§§ 321, 347 StPO.), da nun die untere Instanz nicht mehr mit der Sache befaßt ist.

Das Gesetz fordert die Urteilsverkündung spätestens mit Ab-

faßten Beschlusses wäre jedoch im vorliegenden Falle auf einem anderen Wege möglich und zulässig gewesen. Das LG. hätte sein Urt. v. 8. März 1927 durch Beschluß berichtigen können. Denn die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf zwei Jahre, die gegenüber dem Urteile des Schöffengerichts eine Strafermäßigung bedeutete, war nicht nur mitbeschlossen worden — das würde zu einer Berichtigung nicht ausgereicht haben —, sondern sie war, wie aus dem Schreiben des Verteidigers v. 8. März klar hervorgeht, bei der mündlichen Eröffnung der Urteilsgründe auch bekanntgegeben worden, so daß also der Urteilstenor offenbar unrichtig, und für den Angekl. und den Verteidiger nicht zweifelhaft war, daß diese Maßnahme zum Inhalt des Urteils gemacht werden sollte. Für die Beantwortung der Frage, in welchem Umfange eine Berichtigung des Urteils statthaft ist, ist die Rspr. des RG. davon ausgegangen, daß zwar die StPO. ausdrückliche Bestimmungen hierüber nicht enthält — im Gegensatze zur ZPO., die eine Berichtigung von Schreibfehlern, Rechenfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten jederzeit zuläßt —, daß aber offenbare Mängel des Ausdrucks für das erkennbar Gewollte berichtigt werden dürfen (RGSt. 13, 269; 28, 82). Erfordert wird danach Offenbarkeit des Mangels im Ausdruck, der in einem Schreibversehen oder in einem Fassungsversehen seinen Grund haben und auch darin bestehen kann, daß der Tenor den beschlossenen Spruch nicht vollständig wiedergibt. Von dieser Auffassung ausgehend hat der erk. Sen. in dem Urt. 1 D 776/26 v. 14. Dez. 1926 die Berichtigung eines Urteils durch das LG. gebilligt, in welchem versehentlich der Angekl. in der Urteilsformel wegen eines Vergehens mitverurteilt war, wegen dessen nach den Gründen Freispruch erfolgt war. Ähnlich ist der vorliegende Fall geartet. Die bei der Eröffnung der Gründe gemachte Mitteilung, daß das BG. den vom Schöffengericht auf die Dauer von drei Jahren verhängten Ehrverlust auf zwei Jahre beschränkt habe, ergab ohne weiteres, daß in der Urteilsformel, die über den Ehrenrechtsverlust nichts enthielt, ein Fassungsversehen vorliegen müsse. Das ist jedermann, insbes. auch allen Prozeßbeteiligten erkennbar gewesen und jedenfalls vom Verteidiger auch erkannt worden. Es lag daher ein offenbarer Mangel, und zwar ein offensichtliches Fassungsversehen vor. Dieser Mangel hätte durch einen Beschluß des Gerichts berichtigt werden können. Hierbei ist grundsätzlich ohne Belang, ob das Versehen ein solches zugunsten oder zuungunsten des Angekl. ist. In beiden Fällen ist die Berichtigung zulässig, sofern nur die Offenbarkeit des Mangels außer Zweifel steht. Nachdem aber das LG. von seiner Befugnis zur Berichtigung keinen Gebrauch gemacht, die Abhilfe vielmehr auf einem Wege gesucht hat, der die Billigung des RevG. nicht finden kann, ist das mit der Entsch. über die Rev. befaßte Gericht in der Lage, die Berichtigung von sich aus zu verfügen und damit das vorgefallene Versehen wieder zu beseitigen. Es ist daher das Urt. v. 8. März 1927, dessen Anfechtung erfolglos geblieben ist, dahin zu berichtigen, daß ihm die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von zwei Jahren eingefügt wird.

Die Entsch. über die Kosten beruht auf § 473 Abs. 1 StPO. Der teilweise Erfolg, der durch die Aufhebung des Ergänzungsurteils erzielt worden ist, bot im Hinblick darauf, daß eine sachliche Änderung nicht eintritt, keinen Anlaß, von der Befugnis des § 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. Gebrauch zu machen. Soweit durch das unzulässige Verfahren des LG. Kosten entstanden sind, wird das LG. die Frage der Niederschlagung (§ 6 GKG.) zu prüfen haben.

(1. Sen. v. 25. Okt. 1927; 1 D 441/27.) [D.]

der „offenbaren Unrichtigkeit“ schwierig zu bestimmen seien (z. B. RG. 90, 232).

Sicher ist, daß eine (aus den Entscheidungsgründen sich ergebende) sachliche Unrichtigkeit der Entsch. nicht nachträglich unter dem Vorgeben eines bloßen Fassungsfehlers berichtigt werden kann (RGSt. 28, 81 f. und öfter).

Aber, wie es mit dem Offenbarsein des Fehlers sich auch verhalten mag, ein bloßer Fassungsfehler liegt nicht vor. Wenn in der Formel ein beschlossener Inhalt überhaupt fehlt, so ist sie eben inhaltlich falsch, aber nicht das in die Formel Aufgenommene fehlerhaft gefaßt. Ein Fassungsfehler wäre z. B. die Vertauschung der Namen zweier Angekl., wobei das Gericht unter dem „Schulze“ den „Müller“ und umgekehrt verstanden hätte. Dagegen ist die Verurteilung des X. zu einem Jahr sechs Monaten Gefängnis nicht deshalb falsch gefaßt, weil ihr nicht die mitbeschlossene Aberkennung der Ehrenrechte auf zwei Jahre hinzugefügt wurde. Sonst wäre die Formel ja auch in dem Falle nur falsch „gefaßt“, wenn sie die Freiheitsstrafe beiseite ließe und nur auf Aberkennung der Ehrenrechte oder gar nur auf Kostenverurteilung lautete. Eine Inkorrektheit der Fassung kann nur abgeleitet werden aus dem Urteil, wie es verkündet vorliegt, nicht aus Teilen des Beschlossenen, die nicht verkündet worden und daher auch nicht zur rechtlichen Existenz gekommen sind. Das Gericht vervollständigt durch deren nachträgliche Verkündung das Urteil, aber verbessert nicht einen Mangel seiner Fassung.

Das Beschlossene liefert dem Urteil den Inhalt, dessen korrekte Wiedergabe Sache der Urteilsabfassung ist. Für einen ausgelassenen Inhalt fehlt jede Form, die korrekte wie die inkorrekte. Gewiß ist bei inhaltlicher Unvollständigkeit des Urteils auch seine Fassung nicht so, wie sie sein sollte und ohne die Auslassung sein würde. Aber nicht ein Fehler der Formgebung hat das verschuldet, sondern das Beiseitesetzen von Stoff, der zu formen war.

Diese Unterscheidung zeigt ihre praktische Bedeutung an den Fragen, wie zu berichtigen ist und wer zu berichtigen hat. Die Ergänzung des unvollständig verkündeten Urteils ist Hauptverhandlungsakt, da für alles Beschlossene die Verkündungspflicht besteht und die Verkündung zur Hauptverhandlung gehört. Diese wird durch den Nachtrag wieder aufgenommen im Stadium der Verkündung (Gegensatz: das Stadium der Sachverhandlung vor dem Urteil).

Entsprechend wäre zu verfahren bei Ausscheidung eines Stückes des verkündeten Urteils, das nicht mit beschlossen war. Zu diesen Richtigstellungen ist das Gericht nur in der gleichen Zusammensetzung in der Lage wie sie beim Urteilserlasse bestand. Andere Richter können nicht das Verkündete mit dem in der geheimen Beratung Beschlossenen authentisch vergleichen.

Fassungsfehler ergeben sich durch Feststellung des bei dieser Formulierung erkennbar Gewollten, also durch Auslegung des Urteils, eventuell unter Heranziehung des Eröffnungsbeschlusses, des Sitzungsprotokolls usw., und sie sind somit auch, soweit sie nicht formell berichtigt wurden, im Wege der Auslegung unschädlich zu machen (vgl. § 458 StPO.). Indem diese Auslegung dem Gericht erster Instanz zugewiesen ist, einerlei, ob bei ihm noch dieselben Richter amtieren, die einst entschieden hatten, und auch gegenüber einem Urteil der höheren Instanz, kommt die Unabhängigkeit der fassungsberichtigenden Funktion von der Autorschaft am Urteil zum Ausdruck. Ein Beschluß des erkennenden Gerichts, der diese Berichtigung ausspricht, ergeht außerhalb der Hauptverhandlung und erfordert nicht die Identität der beschließenden Richter mit denen, die geurteilt hatten. Daß den Richtern der Fehler offenbar sein muß, versteht sich. Schöffen und Geschworene sind an dem Berichtigungsbeschluß nicht beteiligt. Wohl an Ergänzung, Widerruf der Verkündung, denn sie haben mitbeschlossen, was zu verkündigen ist.

Über das Bedürfnis der Berichtigung befindet das Gericht, das erkannt hatte. Der Fehler kann so klar in die Augen springen, daß die Berichtigung der verlesenen Formel in der Urteilsurkunde genügt (RG.: GoltdArch. 37, 176), ja eventuell auch deren Berichtigung sich erübrigt. Wird Berichtigung für erforderlich erachtet, weil die Möglichkeit eines Mißverständnisses in Betracht kommt, so ist der Beschluß beiden Teilen zuzustellen. Die ursprüngliche Fassung, deren Richtigstellung dem Gericht zur Vermeidung von Irrungen geboten schien, kann unter Umständen für Anfechtung, Nichtanfechtung bestimmend gewesen sein. Das Rechtsmittelgericht gewährt nach Ermessen Wiedereinsetzung in den vor. Stand gegen den Ablauf der Rechtsmittelfrist, wenn der Fassungsfehler die Nichtanfechtung bestimmt haben kann. Unter entsprechender Voraussetzung begründet Zurücknahme eingelegten Rechtsmittels eine Gebührenpflicht nicht; ein Verschulden des Gerichts gilt dann als Anlaß der Einlegung.

Dem RG. ist darin beizustimmen, daß die Berichtigung des offenbaren Fehlers auch von der höheren Instanz, dem BG., RevG. ausgehen kann. Das geschieht in nachträglicher neg. gestio für das Gericht, dem der Fehler untergelaufen war. Dagegen in der Funktion der Verkündung, ihrer Ergänzung und teilweisen Zurücknahme, kann es eine Vertretung durch ein anderes Gericht nicht geben. Was beschlossen war, kann nur das Spruchgericht wissen, ein anderes Gericht nur für mehr oder minder wahrscheinlich erachten.

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

66. Die Verletzung der Vorschrift des § 275 Abs. 1 StPO., nach der das Urteil mit den Gründen binnen einer Woche nach Verkündung zu den Akten zu bringen ist, ist nicht revisibel.

Der § 275 Abs. 1 StPO. enthält bloß eine Ordnungsvorschrift, auf deren Verletzung die Rev. nicht gestützt wer-

teiligten Schöffen zugrunde liegt (vgl. RGSt. 47, 115, 116). Hiernach bedarf es keines Eingehens auf die lediglich die Verurteilung wegen versuchter Blutschande betreffenden Verfahrensrügen, deren erste — bezüglich der angeblichen Verletzung der §§ 327, 331 StPO. — übrigens offensichtlich unbegründet ist (RGSt. 59, 291, 292). Für die weitere Verhandlung ist gegenüber den Revisionsausführungen darauf hinzuweisen, daß nach § 358 Abs. 2 StPO. eine Herabsetzung der verhängten Strafe von 9 Monaten Gefängnis auch jetzt nicht geboten ist.

(2. Sen. v. 6. Febr. 1928; 2 D 41/28. [A.]

69 a. § 329 StPO.

1. Rechtzeitigkeit der Entschuldigung des in der Hauptverhandlung ausbleibenden Angeklagten.

2. Hat das BG. die Prüfung der Zulänglichkeit der Entschuldigung unterlassen, so kann darüber nicht das Revisionsgericht entscheiden, weil die Folge unentschuldigten Ausbleibens vom Gesetze nicht eindeutig bestimmt ist. †)

Am Tage vor der Verhandlung war beim LG. ein privatärztliches Zeugnis eingereicht worden, daß der Angekl. an Herzstörung litte und auf ärztliche Anordnung vollständige Ruhe halten sollte. Der vor dem LG. erschienene Verteidiger beantragte, die Verhandlung auszusetzen, da der Angekl. durch das ärztliche Zeugnis genügend entschuldigt sei. Darauf erging der Gerichtsbeschluß, es sei ohne Anwesenheit des Angekl. zu verhandeln, „da dieser richtig und rechtzeitig geladen, auch auf die Folgen eines Ausbleibens hingewiesen worden sei, und es sich in der BerInst. nur um das Strafmaß handle". Aber nur wenn das Gericht etwa bei der gebotenen Prüfung zu dem Ergebnis gekommen wäre, das ärztliche Zeugnis verdiene, als unglaubhaft, keine Beachtung, oder die bescheinigte Erkrankung sei selbst nach dem Inhalt des Zeugnisses nicht derart, ein Ausbleiben des Angekl. zu rechtfertigen, hätte die Voraussetzung des § 329 angenommen werden können.

Daß das LG. für die Entscheidung der Frage des § 329, wie es geboten war, das vorgelegte ärztliche Zeugnis auf seine Beachtlichkeit geprüft hätte, läßt sich seinem Beschlusse nicht entnehmen, da sich dieser auch nicht andeutungsweise darüber äußert. Das RevG. muß also von der als möglich zu unterstellenden Annahme ausgehen, daß eine dem Gesetz entsprechende Prüfung der Frage unterblieben sei. Dazu kommt ein weiterer Umstand, der der Begründung des landgerichtlichen Beschlusses v. 3. April 1928 zu entnehmen ist. Der Verteidiger hatte gleichzeitig mit der Revisionseinlegung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 329 Abs. 2 beantragt, und diesen Antrag hat das LG. mit der Begründung abgelehnt, die Wiedereinsetzung erfordere, daß der Angekl. nicht nur an dem rechtzeitigen Erscheinen (in der Berufungsverhandlung), sondern auch an der rechtzeitigen Entschuldigung durch einen unabwendbaren Zufall gehindert war, eine Verhinderung an rechtzeitiger Entschuldigung durch einen unabwendbaren Vorfall liege aber nicht vor. Da der Angekl. das ärztliche Zeugnis tatsächlich am Tage vor der Berufungsverhandlung vorgelegt hatte, es also beim Beginne der Berufungsverhandlung bereits vorlag, kann die eben angegebene Begründung nicht anders verstanden werden als dahin, daß das LG. eine Entschuldigung nicht mehr als rechtzeitig vorgebracht gelten lassen will, wenn sie erst kurz vor der Berufungsverhandlung — hier am Tage vorher — eingegangen ist. Das aber ist rechtsirrig. Denn i. S. des § 329 ist die Entschuldigung rechtzeitig, wenn sie bei Beginn der Hauptverhandlung vorliegt. Die Begründung des Beschl. v. 3. April 1928 legt nun aber weiter zum mindesten die Vermutung nahe, daß das LG. auch schon bei der Berufungsverhandlung selbst in der irrigen Auffassung befangen war, eine erst kurz vor der Verhandlung vorgebrachte Entschuldigung brauche nicht mehr beachtet zu werden, und daß der zu § 329 ergangene Beschluß hierauf beruht. Der Umstand aber, daß der Angekl. etwa in der Lage gewesen wäre, seine Verhinderung am Erscheinen unter Vorlegung des ärztlichen Zeugnisses dem Gerichte schon früher als am Tage vor der Verhandlung mitzuteilen, hätte höchstens als eine Beweisanzeige dafür gewertet werden können, daß der angegebene Entschuldigungsgrund selbst nicht wahr oder nicht zureichend sei.

Es könnte sich nun, nachdem dieser Verstoß vorgekommen ist, fragen, ob nicht die bezeichnete Versäumnis des LG., das vorgelegte ärztliche Zeugnis auf seine Beachtlichkeit zu prüfen, deshalb, weil es sich um einen Punkt verfahrensrechtlicher Art handelt, vom RevG. nachzuholen sei. Diese Frage würde möglicherweise dann zu bejahen sein, wenn die Folge des Ausbleibens, sofern dieses als unentschuldigt zu erachten wäre, fest bestimmt wäre, hier also schlechthin dahin, daß in einem solchen Fall in Abwesenheit des Angekl. zu verhandeln war. Denn ergäbe die Prüfung durch das RevG., daß das Ausbleiben tatsächlich nicht hinreichend entschuldigt war, so wäre damit die Zulässigkeit einer Verhandlung in Abwesenheit des Angekl. festgestellt. Aber die Folge des unentschuldigten Aus-

angestellt hat. Zweifelhaft ist nur, ob der Mangel durch erneute nachträgliche Beratung geheilt werden kann. Das RG. bejaht diese Möglichkeit in der obigen Entsch. als selbstverständlich; denn es beanstandet lediglich, daß die Schöffen nicht zu einer solchen neuen Beratung hinzugezogen worden seien. Der Senat hält es also für zulässig, daß die schriftlichen Urteilsgründe durch Erwägungen revisionssicher gemacht werden, die das Gericht vor der Urteilsverkündung tatsächlich nicht angestellt hat — sofern nur über diese Erwägungen wenigstens nachträglich ordnungsmäßig beraten und abgestimmt wird. Dagegen heißt es in RGSt. 47, 115 erheblich weitergehend: „Das nach § 275 StPO. anzufertigende Urteil muß diejenigen Gründe enthalten, welche durch die der Verkündung vorausgehende Beratung und Abstimmung geboten sind." Ich möchte diesen Satz dahin verstehen, daß bei der schriftlichen Urteilsbegründung jedenfalls nicht Gedanken entwickelt werden dürfen, die den maßgebenden Erwägungen bei der Beratung und Abstimmung widersprechen. Dagegen muß eine Ergänzung dieser Erwägungen zulässig sein; denn oft bietet die Abfassung der schriftl. Gründe Gelegenheit zu tieferem Eindringen in den Stoff und zum Herausfinden neuer Gesichtspunkte. Im obigen Falle wäre es also zulässig, unter Hinzuziehung der Schöffen festzustellen, daß bei der Beratung und Abstimmung dem Umstande, daß auch versuchte Blutschande als vorliegend angesehen wurde, keine strafschärfende Bedeutung beigelegt worden sei. Freilich würden hierbei auch unausgesprochene Erwägungen, von denen der eine oder andere Richter sich damals hatte leiten lassen, berücksichtigt werden müssen. Und vor allem wird das Gericht sich ängstlich davor hüten müssen, sich zu seinen neuen Gründen etwa nur deshalb zu bekennen, weil das Ergebnis, auf das man nun einmal festgelegt ist, es so verlangt. Einen Irrtum freimütig in den Urteilsgründen erkennen zu lassen, ist weitaus würdiger, als ihn um jeden Preis zu verschleiern.

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 69 a. Das RG. hat bez. der Frage, ob die Entsch. des BG. darüber, ob das Ausbleiben des Angekl. im Berufungstermin als genügend entschuldigt anzusehen sei, früher die Ansicht vertreten, daß über diese Frage erkennbar das freie Ermessen des Tatrichters zu entscheiden habe und dadurch die grundsätzliche Befugnis des RevG., bei der Prüfung von Verfahrensrügen in eine tatsächliche Würdigung des Sachverhalts einzutreten, eine Ausnahme erleide.

Das KG. hatte sich dieser Ansicht angeschlossen. (Vgl. Entsch. des KG. v. 19. Dez. 1925 bei Alsberg, Entsch. der OLG., 2. Bd., S. 254 Nr. 198 zu b.)

Diese Ansicht ist in der Entsch. des RG. 59, 2 ff. verlassen worden und, wie vorl. Falles, die Revision als Rechtsmittel neben der Befugnis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beanspruchen, für zulässig erklärt worden.

In dem genannten Urteil (das vom 2. StS. erlassen ist) ist aber nicht der Standpunkt des vorl. Urteils eingenommen, daß es nicht angezeigt sei, daß das RevG. über die Frage, ob die Entschuldigung genüge, von sich aus eine Entsch. treffe; vielmehr ist dort eine positive Entsch. darüber getroffen, daß das Ausbleiben des Angekl. nicht als ungenügend entschuldigt zu erachten sei.

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine Entsch. dieser Frage, zu welcher das RG. nach eigener Darlegung berechtigt gewesen wäre, etwa unpraktisch gewesen sein würde; denn wenn das RG. zu der Feststellung kam, daß die Entschuldigung genüge, so war für eine Befugnis des BG., entweder in Abwesenheit des Angekl. zu verhandeln oder seine Vorführung oder Verhaftung anzuordnen, kein Raum mehr.

Wenn aber das RevG. zu dem Ergebnis kam, daß das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt gewesen sei, so war dann der Beschluß des BG., in Abwesenheit des Angekl. zu verhandeln, als berechtigt erwiesen, die Revision hätte also verworfen werden können.

Durch die Zurückverweisung zum BG. entstand infolgedessen die Notwendigkeit, einen neuen Hauptverhandlungstermin abzuhalten, der hätte vermieden werden können, falls das RevG. zu der Entsch. gelangt wäre, daß das Ausbleiben des Angekl. nicht genügend entschuldigt gewesen sei.

Wenn das BG. auf Grund erneuter Prüfung jetzt zu dem Resultat kommen würde, daß die Entschuldigung nicht genüge, so

bleibens ist vom Gesetz nicht eindeutig bestimmt; vielmehr hat das BG., wenn die Frage des unentschuldigten Ausbleibens geprüft und zuungunsten des Angekl. entschieden ist, erst sich schlüssig machen, ob in Abwesenheit des Angekl. zu verhandeln, oder ob seine Vorführung oder Verhaftung anzuordnen sei. Es hätte also keine Bedeutung, wenn das RevG. die Frage des unentschuldigten Ausbleibens zu entscheiden hätte. Schon dies rechtfertigt die Ansicht, daß auch die Prüfung dieser Frage dem BG. in einer neuen Verhandlung zu überlassen ist, wie diesem die Entscheidung darüber obliegt, was im Falle eines ungenügend entschuldigten Ausbleibens zu verfügen sei.

(1. Sen. v. 19. Juni 1928; 1 D 460/28.) [D.]

70. § 331 StPO. Reformatio in pejus. Wegfall der bedingten Strafaussetzung berührt nicht die Straffestsetzung als solche.]

Ein Verstoß gegen § 331 StPO. liegt nicht vor. Die landesrechtlichen Vorschriften über Bewilligung von Bewährungsfristen berühren nicht die Straffestsetzung als solche, sondern bilden einen Teil des Begnadigungsrechtes und deshalb müssen die Anordnungen über die bedingte Strafaussetzung bei der Prüfung, ob der Strafausspruch vom BG. zum Nachteil des Angekl. abgeändert worden ist, außer Betracht bleiben.

(2. Sen. v. 1. März 1928; 2 D 31/28. [A.]

71. § 331 StPO. Nimmt die Strafkammer an Stelle der vom SchöffG. angenommenen selbständigen Straftaten Festsetzungszusammenhang an, so ist sie nur bezüglich der vom SchöffG. festgestellten Gesamtstrafe durch das Verbot der reformatio in pejus gebunden.]

Der behauptete Verstoß gegen § 331 StPO. liegt nicht vor. Das SchöffG. hatte dem Beschwerdeführer gegenüber u. a. zwei selbständige Betrugsvergehen für erwiesen erachtet, nämlich einen in Tateinheit mit gewinnsüchtiger Urkundenfälschung zum Nachteile des H. begangenen und einen weiteren fortgesetzten Betrug gegenüber einer Anzahl von Warenlieferanten. Es hatte dieserhalb auf zwei Gefängnisstrafen von 5 und 3 Monaten erkannt, die mit anderen Strafen zu einer Gesamtstrafe von 8 Monaten Gefängnis zusammengefaßt wurden. Die Strafkammer ist dieser tatsächlichen Feststellung nicht gefolgt. Sie hat zwar jene vom ersten Richter angenommenen betrügerischen Einzelakte für erwiesen erachtet, sie jedoch einschließlich des Falles H. und anderer Fälle, namentlich eines Falles B., als eine einzige Fortsetzungstat bewertet. Damit entfiel für sie die Bindung i. S. § 331 StPO. Denn mit dem Wegfall der vom SchöffG. angenommenen beiden selbständigen Straftaten verloren die für diese festgesetzten Einzelstrafen ihre Bedeutung. Die von der Strafkammer festgestellte einheitliche Fortsetzungstat deckte sich mit keiner der vom SchöffG. angenommenen Taten, sondern war gegenüber jeder von ihnen etwas anderes. Ohne Verstoß gegen § 331 StPO. konnte daher die Strafkammer für sie auf eine Gefängnisstrafe von 6 Monaten erkennen. Gebunden war sie nur bez. der vom SchöffG. erkannten Gesamtstrafe. Diese aber hat sie auch nicht erhöht (RGE. II 69/25 v. 30. April 1925). Der Fall RGSt. 26, 167 lag anders. Aus dem von der Rev. angeführten Urteil des II. Straffenats v. 21. März 1927, II. 160/27 folgt übrigens dasselbe.

(3. Sen. v. 23. Febr. 1928; 3 D 1028/27.) [A.]

---

wäre dagegen wiederum das Rechtsmittel der Revision zulässig, und das RG. wäre dann wieder vor genau die gleiche Frage gestellt, deren Beantwortung es vorliegendenfalls mit Rücksicht auf die fehlende Eindeutigkeit der gesetzlichen Bestimmungen über die Folgen unentschuldigten Ausbleibens ablehnt.

RA. Aschkanasy, Königsberg.

Zu 72. Die in den Generalakten über die Bildung der Schöffengerichte und Schwurgerichte im AG.-, LG.-, Schwurgerichtsbezirk enthaltenen, den gesetzlichen Vorschriften entsprechend aufgenommenen Protokolle haben die Kraft öffentlicher Urkunden. Der RevR., der die Gesetzmäßigkeit der Konstituierungsvorgänge zu prüfen hat, wird die publica fides dieser Beurkundungen voll in Anschlag bringen, aber

2. Gerichtsverfassungsgesetz.

****72.** §§ 51, 84 GVG.; §§ 274, 338 Nr. 1 StPO. Die Beeidigung der Laienrichter muß in der Form der Einzelbeeidigung erfolgen. Die Verletzung dieser Vorschrift stellt einen absoluten Revisionsgrund dar. Die Niederschrift aus dem Generalakt über die Beeidigung der Schöffen und Geschworenen hat nicht die Beweiskraft der Protokolle i. S. des § 274 StPO.†) .

Die Rüge einer Verletzung der §§ 51, 84 GVG. und des § 338 Nr. 1 StPO. greift durch. Nach der Behauptung der Rev. soll ein Verstoß bei der Beeidigung der Geschworenen dadurch begangen worden sein, daß die Eidesformel von ihnen nicht zeitlich nacheinander, sondern gleichzeitig gesprochen worden sei. In der vom Präsidenten des LG. in K. in beglaubigter Abschrift zu den Akten gebrachten Niederschrift aus dem Generalakt über die Beeidigung der Schöffen und Geschworenen ist zwar beurkundet, daß die sechs Geschworenen, die in der Hauptverhandlung gegen den Beschwerdeführer mitgewirkt haben, in öffentlicher Sitzung v. 27. Juni 1927 „gem. §§ 51, 84 GVG." beeidigt worden sind. Diese Niederschrift hat indes nicht die Beweiskraft der Protokolle i. S. des § 274 StPO., durch die ausschließlich die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten bewiesen werden kann. Denn die Beeidigung der Geschworenen — ebenso wie die der Schöffen — bildet, wenn sie auch unmittelbar nach Eröffnung derjenigen Sitzung stattzufinden hat, in der die Geschworenen oder Schöffen den ersten Dienst für das betr. Geschäftsjahr leisten, doch nicht einen Bestandteil der Hauptverhandlung in den einzelnen Sachen. Da der örtliche Staatsanwalt in seiner Gegenerklärung die erwähnte Behauptung der Rev. bestätigt hat, ist diese Behauptung nach der Auffassung des RevG. als durch die erwähnte Niederschrift über die Beeidigung der Geschworenen nicht widerlegt zu erachten; vielmehr besteht die Möglichkeit, daß insoweit nur eine ungenaue Fassung der Niederschrift vorliegt, durch die allerdings der Anschein erweckt werden kann, daß die Eidesleistung genau in der durch §§ 51, 84 GVG. vorgeschriebenen Weise erfolgt sei. Dann ist aber davon auszugehen, daß der behauptete Verstoß gegen die §§ 51, 84 GVG. tatsächlich vorliegt. Danach leisten die Geschworenen und Schöffen den Eid in der Weise, daß jeder einzeln, d. h. einer nach dem anderen, die dort aufgeführten Eidesworte spricht; es ist die Einzelbeeidigung vorgeschrieben. Daß es sich hierbei nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift, sondern um eine Zwangsvorschrift handelt, ergibt sich deutlich aus dem Gesetze selbst, nämlich aus dem unmittelbar darauffolgenden Abs. des § 51 GVG., nach dem der Schwörende bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben soll. Hätte der Gesetzgeber auch die Einzelbeeidigung nur als Ordnungsvorschrift gedacht, so würde er dies in gleicher Weise durch den Gebrauch des Wortes „soll" zum Ausdruck gebracht haben. Denn für eine unterschiedliche Wortfassung der beiden unmittelbar aufeinanderfolgenden Bestimmungen würde dann kein Grund vorgelegen haben. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der in den §§ 51, 84 GVG. vorgeschriebenen Einzelbeeidigung der Laienrichter ersichtlich nicht nur den Zweck verfolgt, eine sichere Gewähr dafür zu schaffen, daß jeder einzelne von ihnen auch tatsächlich den Eid geleistet hat, sondern vor allem auch den, die Eidesleistung eindrucksvoll zu gestalten und dadurch den Schwörenden die Bedeutung des Eides und der von ihnen mit der Ausübung des Richteramtes übernommenen Pflichten, deren getreuliche Erfüllung sie durch den Eid angeloben, noch besonders vor Augen zu

---

er ist dabei nicht, wie gegenüber dem Hauptverhandlungsprotokoll, gehalten, die bekundeten Tatsachen, soweit sie für den Rechtsbestand des Urt. erheblich sind, so lange für feststehend zu erachten, als nicht der Nachweis der Fälschung vorliegt. Derartige Protokolle erwähnt das GVG. in den §§ 41 (Entsch. zu Protokoll über Einsprachen gegen die Urliste), 45 (Auslosung der Schöffen usw.), 51 (Beeidigung der Schöffen usw. bei ihrer ersten Dienstleistung in öffentlicher Sitzung); dazu die §§ 77, 84, 86. Die Protokolle nach §§ 45, 51 werden vom Gerichtsschreiber aufgenommen. Über das Subjekt der Protokollierung in § 41 ist nichts gesagt, sicher aber dabei die Zuziehung des Gerichtsschreibers vorausgesetzt. Betreffs anderer Vorgänge wird verlangt, daß sie „aktenkundig" gemacht werden (§§ 47, 48, 54). Auch die Entsch. gem. §§ 53, 54 sind, sofern sie nicht münd-

führen. Daraus ist zu folgern, daß die Einzelbeeidigung mit zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Beeidigung der Laienrichter gehört. Ist daher die entsprechende Vorschrift nicht beachtet worden, so liegt eine gültige Eidesleistung auch dann nicht vor, wenn in einzelnen Fällen — wie hier — nachträglich auf andere Weise einwandfrei der Beweis erbracht ist, daß die sämtlichen Geschworenen oder Schöffen, wenn auch gleichzeitig miteinander, die im § 51 GVG. aufgeführten Eidesworte tatsächlich gesprochen haben. Die hiernach vorliegende Ungültigkeit der im gegebenen Falle von den Geschworenen geleisteten Eide hat zur Folge, daß das erk. Gericht i. S. des § 338 Nr. 1 StPO. nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Insoweit handelt es sich um einen „absoluten“ Revisionsgrund, der zur Aufhebung des Urt., soweit dieses den BeschwF. betrifft, führen mußte, ohne daß es noch eines Eingehens auf die übrigen Beschwerdepunkte der Rev. bedurfte.

(1. Sen. v. 23. Sept. 1927; 1 D 904/27.) [A.]

73. §§ 86, 84 GVG.

1. Ein an der Mitwirkung bei der Tagung, für die er einberufen ist, verhinderter Geschworener ist nicht um deswillen zu einer späteren Tagung heranzuziehen.

2. Die Einberufung eines Hilfsgeschworenen gilt nur für die bestimmte Sitzung, bei der der Hauptgeschworene verhindert ist.†)

1. Die Reihenfolge, in der die Hauptgeschworenen an den Tagungen des Schwurgerichts teilnehmen, wird für das ganze Geschäftsjahr im voraus durch Auslosung bestimmt (§ 86 GVG.). Es steht also von vornherein fest, daß in dieser Reihenfolge die Geschworenen, 1—6 zur ersten, 7—12 zur zweiten Schwurgerichtstagung usw. einzuberufen sind. Ist ein Geschworener der ersten Tagung an der Mitwirkung in ihr verhindert, so ist er nicht um deswillen zu einer späteren Tagung heranzuziehen. Das würde, sofern nicht die Voraussetzungen des § 47 GVG. gegeben sind, eine unzulässige Änderung der im voraus endgültig getroffenen Auswahl der Geschworenen dieser späteren Tagung bedeuten.

2. Ist ein Hilfsgeschworener für einen nur bei einer bestimmten Sitzung verhinderten Hauptgeschworenen eingetreten, so gilt seine Einberufung nur für diese, nicht auch für andere Sitzungen derselben Schwurgerichtstagung, bei denen die Zuziehung eines Hilfsgeschworenen von neuem erforderlich wird. Es sind dann vielmehr die ihm in der Hilfsgeschworenenliste nachfolgenden Hilfsgeschworenen der Reihe nach einzuberufen (§§ 86, 49 GVG.). Ein dem § 280 StPO. a. F. ähnliches Verfahren, nach dem etwa ein einmal zugezogener Hilfsgeschworener auch bei allen weiteren in derselben Tagung vorkommenden Fällen der Behinderung von Hauptgeschworenen einzutreten hätte, ist in den Bestimmungen über das jetzige Schwurgericht nicht vorgesehen.

(2. Sen. v. 18. Juni 1928; 2 D 572/28.) [A.]

Staatsgerichtshof für das Deutsche

1. Art. 19 RVerf. Legitimation politischer Parteien zur Klageerhebung vor dem Staatsgerichtshof.

Der Einwand der mangelnden Parteifähigkeit muß als durchgreifend anerkannt werden.

---

sich ergangen und daher zu Protokoll zu nehmen waren, (aktenkundig zu machen). Diese „Registraturen“ unterscheiden sich von Protokollen nur graduell. Auch ihnen kommt publica fides zu.

Bezüglich bestimmter Konstituierungsvorgänge ist anzunehmen, daß sie nur durch das Protokoll in der Verhandlung bewiesen werden können; z. B. die Öffentlichkeit der Auslosung, § 45 (Oetker: GoltdArch. 60, 229). Insofern ist eine Annäherung des Beweiswerts dieser Protokolle an die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 Satz 1 StPO.) unverkennbar. Aber zur Widerlegung einer Beurkundung des Protokolls ist keineswegs nur der Nachweis der Fälschung dienlich.

Vielmehr wird die Rechtslage wie folgt zu bestimmen sein. Es wäre im Interesse der Rechtssicherheit schlechthin unerträglich, wenn der RevR. bei Prüfung der vorschriftsmäßigen Gerichtsbildung (§ 338 Ziff. 1 StPO.) die ihm vorl. öffentliche Urkunde über den Konstituierungshergang nicht anders behandeln wollte, wie eine Privaturkunde. Vielmehr ist bis auf weiteres das Beurkundete als feststehend zu erachten. Nicht kraft einer praesumtio juris, aber einer praesumtio facti, die in der publica fides ihre Stütze findet. Der RevR. erwägt, ob nach der Sachlage gegen die Beweiskraft der Urkunde Bedenken bestehen und welches Gewicht ihnen beizumessen ist, wobei nach Ermessen auch Offizialermittelungen in Betracht kommen. Die Bedeutung dieser Momente unterliegt der freien Beweiswürdigung. Fehlt es an ausreichenden Gegenindizien, so genügt es bei der durch die publica fides gestützten praesumtio facti. Ein bloßer Zweifel reicht nicht aus, die Beweiskraft aufzuheben.

Eine formelle Gegenbeweispflicht der betroffenen Partei besteht nicht. Die Widerlegung des urkundlichen Zeugnisses vermittelt sich durch das officium judicis.

Nach diesen Grundsätzen wird der RevR. auch nachzuprüfen haben, ob das GG. bei Beurteilung des Beweiswerts einer entsprechenden Beurkundung von rechtlich einwandfreien Erwägungen ausgegangen ist. Läßt das Urt. nicht erkennen, daß das Gericht sich die Bedeutung der publica fides zum Bewußtsein gebracht hatte, so liegt darin ein Verstoß nicht gegen eine einzelne Rechtsnorm, wohl aber gegen einen Grundsatz des Beweisrechts.

Bloße Parteibehauptung kann das urkundliche Zeugnis nicht entkräften. Aber es erhöht ihr Gewicht, wenn die Staatsanwaltschaft, durch ihre behördliche Pflicht dazu legitimiert und berufen, die Behauptung des Revidenten bestätigt. Ja schon bei entsprechender Rev. der Staatsanwaltschaft bleibt zu bedenken, daß wegen der Doppelstellung der Staatsanwaltschaft die Rechtsbehauptung zugleich amtliche Versicherung ist, also ein Beweismoment einschließt.

In dem gegebenen Falle hat das RG. durch die übereinstimmende Angabe des Revidenten und der Staatsanwaltschaft die Beurkundung in dem Protokoll des Gerichtsschreibers, daß die Geschworenen den Eid nach der Vorschrift des § 51 GVG., also nicht gleichzeitig, sondern in getrennter Einzelbeeidigung, geleistet hätten, für widerlegt erachtet. Ob eine amtliche Äußerung des Vorsitzenden und der Beisitzer eingeholt worden ist, erhellt nicht. M. E. wäre es trotz der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft für den Revidenten am Platze gewesen. Bedenken erregt auch, daß von der Möglichkeit einer ungenauen „Fassung“ des Protokolls gesprochen wird. Denn wenn die Geschworenen zugleich und nicht nacheinander den Eid geleistet haben, während das Protokoll die Beeidigung gemäß § 51 GVG. bezeugt, so ist es nicht falsch „gefaßt“, sondern materiell unrichtig. An einen Fassungsfehler wäre gewiß nicht zu denken bei ausdrücklicher Konstatierung der Einzelbeeidigung. Die Bezugnahme auf § 51 aber hat die gleiche Bedeutung. In dem Formularbuch von Vierhaus, das seinerzeit auf amtliche Veranlassung herausgegeben wurde, lautet das Protokoll: „Die Schöffen ... wurden ... nach § 51 GVG. beeidigt“. So auch das Formular über die Geschworenenbeeidigung unter der Herrschaft der StPO. alter Gestalt; es besagt lediglich: „Die Geschworenen wurden ... in Gemäßheit des § 288 StPO. beeidigt“, obwohl damals dieser Akt Bestandteil der Hauptverhandlung in der einzelnen Sache war. In der „Fassung“ hat sich also in dem gegebenen Falle der Gerichtsschreiber nicht versehen.

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

Zu 73. Der Wortlaut des durch die Emmingersche Justizreform völlig neu gefaßten § 86 GVG. läßt es zweifelhaft erscheinen, ob nach dem Willen des Gesetzgebers ein Geschworener, der nach der Reihenfolge der Auslosung an der ersten Tagung des Schwurgerichts hätte teilnehmen sollen, aber an der Teilnahme behindert war, nunmehr für die zweite Tagung des Schwurgerichts als Geschworener einzuberufen ist; denn nach dem Wortlaut des Gesetzes wird die Reihenfolge, in der die Hauptgeschworenen an den Tagungen des Schwurgerichts teilnehmen, für das ganze Geschäftsjahr im voraus durch Auslosung bestimmt. Ein Geschworener aber, der an der Mitwirkung bei der ersten Tagung behindert war, hat tatsächlich an ihr nicht teilgenommen und würde daher nach dem Wortlaut des Gesetzes und vielleicht auch nach dem Willen des Gesetzgebers, für den es hinsichtlich dieser Frage an irgendwelchen Anhaltspunkten fehlt, nunmehr als erster Geschworener gemäß der Reihenfolge der Auslosung für die nächste Tagung heranzuziehen sein, während der für die zweite Tagung an erster Stelle berufene Geschworene statt seiner in der ersten Tagung mitwirken müßte; denn die in §§ 86, 49 vorgeschriebene Zuziehung von Hilfsgeschworenen bezieht sich nur auf einzelne Sitzungen, in denen ihre Einberufung erforderlich wird, nicht aber auf die gesamte Tagung des Schwurgerichts, für die eben nach dem Wortlaut des Gesetzes die Hauptgeschworenen nach der Reihenfolge der Auslosung zuzuziehen sind. Es ist aber nicht zu verkennen, daß durch ein solches Verfahren erhebliche Schwierigkeiten besonders für die Geschworenen selbst entstehen könnten, und man wird deshalb der vom RG. dem Gesetz gegebenen Auslegung aus praktischen Gründen zustimmen können.

Daß nach der neuen Fassung des GVG. ein Hilfsgeschworener stets nur für die bestimmte Sitzung, an der seine Mitwirkung erforderlich wird, einzuberufen ist und daß die Einberufung immer nur für die betreffende Sitzung, nicht für die ganze Tagung wirksam ist, dürfte nach § 86 GVG., demzufolge der ursprünglich nur für die Schöffen geltende § 49 nunmehr auch auf Geschworene Anwendung findet, keinem Zweifel unterliegen.

RA. Dr. Löwenstein, Berlin.

Aus der RVerf. ist unmittelbar nur zu entnehmen, daß das Reich und die deutschen Länder vor dem StGH. als Parteien aufzutreten befugt sind. Der StGH. ist aber darüber hinausgegangen und hat aus Erwägungen, die eine Erweiterung des von ihm zu gewährenden Rechtsschutzes als vom Verfassungsgesetzgeber gewollt erscheinen lassen, auch Gemeinden, Fraktionen und schließlich politischen Parteien das Recht zuerkannt, verfassungsrechtliche Klagen vor ihm zu erheben, wenn sie eine Verletzung ihrer öffentlichen Rechte auf Mitwirkung bei Hoheitsakten behaupten. Jedoch ist bereits in der Entsch. v. 17. Dez. 1927 (RG. 118, Anh. S. 30), die die Stellung der politischen Parteien vor dem StGH. behandelt, ausgesprochen worden: Es genüge nicht, daß sich eine Personenvereinigung als Partei bezeichne; sie müsse auch den an eine solche zu stellenden sachlichen Forderungen entsprechen, um in einem Verfahren vor dem StGH. zugelassen zu werden.

Der StGH. hat das Recht der politischen Parteien, sich in Verfassungsstreitigkeiten, die das Wahlrecht betreffen, an ihn zu wenden, daraus hergeleitet, daß die Volksvertretungen der neuzeitlichen Verfassungen das Vorhandensein von Parteien voraussetzen. Er hat ausgeführt (RG. 119 a. a. O.), daß ohne sie die Durchführung der Wahlen für die Volksvertretungen nicht denkbar sei. Ganz besonders gelte das bei der durch die RVerf. auch für die Wahlen zu den Volksvertretungen der Länder eingeführten Verhältniswahl. Sie sei ohne die Mitwirkung von organisierten Parteien überhaupt nicht möglich. Mit ihnen rechne auch die das Verhältniswahlverfahren näher regelnde Gesetzgebung. Aus der gesetzlich anerkannten engen Beziehung der Parteien zum Verhältniswahlverfahren und aus dem großen Interesse, das sie berechtigterweise an ihm hätten, ergebe sich ihre Parteifähigkeit in Verfassungsstreitigkeiten über das Wahlrecht. Entscheidend für diese Schlußfolgerung ist also gewesen der Einfluß, den die Parteien auf die Wahl der Volksvertretungen, auf die Bildung dieses ersten und hauptsächlichsten Willensorgans des Staates ausüben. Um zu verhindern, daß ihnen dieser Einfluß durch verfassungswidrige Maßnahmen geschmälert werde, ist den Parteien der Zugang zum StGH. eröffnet worden. Daraus ergibt sich aber andererseits auch eine Begrenzung. Für das Verfahren vor dem StGH. können als politische Parteien nur solche Personenvereinigungen gelten, bei denen die Möglichkeit besteht, daß ihre Betätigung für das Wahlergebnis von Belang ist. Gruppen, die unzweifelhaft nicht in der Lage sind, sich Zutritt zu der Volksvertretung zu verschaffen, deren politische Betätigungsmöglichkeit also durch die Gestaltung des Wahlrechts gar nicht berührt wird, sind keine Parteien im parlamentarischen Sinne und sind daher auch nicht befugt, vor dem StGH., der unzweifelhaft nicht dazu berufen ist, an Stelle eines VerwG. jedem Staatsbürger Rechtsschutz in öffentlichen Angelegenheiten zu gewähren, Wahlrechtsstreitigkeiten zum Austrage zu bringen.

(StaatsGH., Urt. v. 7. Juli 1928, StGH 4/27.)

Reichsdisziplinarhof.

1. Amtsunterschlagung ist disziplinarisch grundsätzlich mit Dienstentlassung zu ahnden. Von diesem Grundsatz kann im Einzelfall ausnahmsweise abgegangen werden.

Die Angeschuldigte ist durch das Urt. des Schöffengerichts wegen fortgesetzter Amtsunterschlagung (§ 350 StGB.) rechtskräftig zu der gesetzlichen Mindeststrafe von drei Monaten Gefängnis verurteilt worden. Nach den Feststellungen des LG., das die Berufung verworfen hat, hat sie in den Jahren 1925 und 1926 mehrfach kleinere Geldbeträge von 2 bis 5 M der von ihr geführten Schalterkasse entnommen und für sich verwendet, um damit notwendige Ausgaben, wie Arzneikosten und Reisekosten für Fahrten zu ihrer erkrankten Mutter, zu bestreiten. Sie hat jedesmal bei der Entnahme von Geld in die Kasse einen Zettel gelegt, auf dem sie den entnommenen Betrag und den Anfangsbuchstaben ihres Namens vermerkt hatte. Diese Zettel galten dann bei der Abrechnung als bares Geld. Die Angeschuldigte löste die Zettel nach einiger Zeit, meist am Monatsende nach Gehaltsempfang, durch Wiedererstattung des Geldes jedesmal wieder ein. Im Laufe der Zeit hat sie auf diese Weise der Schalterkasse insgesamt etwa 50 bis 60 M entnommen, den gleichen Betrag aber auch zurückerstattet. Die Disziplinarkammer hat das der strafgerichtlichen Verurteilung der Angeschuldigten zugrunde liegende Verhalten als ein schweres, mit Dienstentlassung zu ahndendes Dienstvergehen gewürdigt.

Die gegen diese Entsch. eingelegte Berufung der Angeschuldigten ist begründet. Da der Disziplinarrichter an die Feststellungen des Strafrichters in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gebunden ist, steht allerdings auch für den Reichsdisziplinarhof fest, daß sich die Angeschuldigte die Geldbeträge mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise zugeeignet hat. Der Reichsdisziplinarhof steht auch grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß ein Beamter, der sich der Amtsunterschlagung schuldig gemacht hat, nicht weiter im Amte belassen werden kann. Andererseits hat aber der Reichsdisziplinarhof schon wiederholt ausgesprochen, daß in einem Einzelfalle Gründe vorliegen können, die es rechtfertigen, von diesem Grundsatz ausnahmsweise abzugehen. Ein so gestalteter Fall ist hier gegeben. Die Behauptung der Angeschuldigten, daß der Beamte, der sie jedesmal im Dienste abgelöst und dann die Kasse von ihr übernommen habe, die Zettel vorgefunden und gegen das von ihr eingeschlagene Verfahren nichts eingewendet habe, war nicht zu widerlegen. Im Gegenteil findet diese Behauptung sogar eine Stütze in der erörterten Feststellung des LG., daß die Zettel bei der Abrechnung als bares Geld galten. Die Angeschuldigte hat also die Unterschlagungen nicht verschleiert, sondern ganz offen begangen. Dies deutet darauf hin, daß sie sich die volle Tragweite ihrer Handlungsweise nicht klar gemacht, sondern angenommen hat, ihre Dienstbehörde werde ihr Verhalten, wenn auch mißbilligen, so doch jedenfalls nicht als eine schwere Dienstverfehlung ansehen. Allerdings hat der Postmeister H. nach den Feststellungen des LG. die Angeschuldigte einmal darauf hingewiesen, daß es unzulässig sei, für entnommene Geldbeträge Zettel in die Kasse zu legen. Daß aber die Angeschuldigte nach diesem Hinweise noch einmal Geld aus der Schalterkasse für sich entnommen hat, ist nicht dargetan. Weiter war bei der Wahl der Strafart gemäß § 73 RBG. auch die bisherige gute dienstliche Führung der Angeschuldigten, die nach den Feststellungen des Schöffengerichts eine besonders tüchtige Beamtin war, gebührend zu berücksichtigen. Hinzu kommt, daß die Angeschuldigte, da sie mit den Geldern ihre erkrankte Mutter unterstützen wollte, nicht aus verwerflichen Beweggründen gehandelt hat und daß es sich nur um geringfügige, überdies von ihr voll ersetzte Beträge handelt. Alle diese Umstände lassen Raum für eine mildernde Auffassung, so daß nach der Ansicht des Reichsdisziplinarhofs ausnahmsweise von der schwersten Dienststrafe, der Dienstentlassung, abgesehen werden kann.

(RDiszH., Urt. v. 14. Mai 1928, F 22/28.)

Mitgeteilt von RA. Max Falkenfeld, Frankfurt a. O.

Beschwerdeentscheidungen.

Preußen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungssenates.

1. §§ 28 Abs. 5, 15 Satz 2 AufwG.; Art. 12 DurchfVO.; § 6 PrAVO. v. 10. Dez. 1925. Eine höhere Anrechnung von Zahlungen und Sachleistungen, als nach § 18 AufwG.; Art. 12 DurchfVO.; § 6 PrAVO. v. 10. Dez. 1925 zulässig ist, kann nicht auf dem Umwege über die Härtevorschriften der §§ 28 Abs. 5, 15 Satz 2 AufwG. herbeigeführt werden.

Der Antragsgegner hat zur Tilgung der Pfandbriefdarlehenshypothek der Antragstellerin im Teilbetrage von 10 000 M im Dez. 1923 Pfandbriefe zum Nennbetrage von 10 000 M eingeliefert, die ihm von der Antragstellerin gemäß § 6 PrAVO. v. 10. Dez. 1925 mit 195 GM. in Anrechnung gebracht worden sind, während er für den Ankauf der Pfandbriefe 35 Doppelzentner Gerste im Werte von rund 1000 GM. aufgewendet hatte.

Wegen dieses Mißverhältnisses der Gestehungskosten des Antragsgegners zu dem gesetzlichen Anrechnungsbetrage hat sich der Antragsgegner auf die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 AufwG. berufen.

Während das AG. die Abwertung ablehnte, billigte sie das LG. dem Antragsgegner teilweise mit folgender Begründung zu. Der Umstand, daß z. Z. des Ankaufs der Pfandbriefe durch den Antragsgegner in ihrer Bewertung noch nicht zwischen Vorkriegspfandbriefen und den nach dem 1. Jan. [illegible] ausgegebenen unterschieden worden sei, habe dem Antragsgegner einen Schaden zugefügt, den er beim Ankauf der Pfandbriefe nicht habe voraussehen können. Denn er hätte seinerzeit nicht wissen können, daß ihm seine Gestehungskosten für den Erwerb der Pfandbriefe nur zu einem winzigen Bruchteil von der Antragstellerin gutzubringen seien. Die Billigkeit verlange, daß hierfür ein gewisser Ausgleich geschaffen werde.

Dieser Standpunkt ist rechtlich zu beanstanden, da er auf eine Umgehung der gesetzlichen Anrechnungsvorschriften hinausliefe. In § 18 AufwG., Art. 12 DurchfVO., § 6 PrAVO. v. 10. Dez. 1925 ist die Anrechnung von Zahlungen und Sachleistungen in erschöpfender und bindender Weise geregelt. Eine Anrechnung zu einem anderen Betrage kann unbeschadet einer abweichenden Vereinbarung aus keinem gesetzlichen Gesichtspunkte hergeleitet werden (vgl. Nadler, Grundbuch- und Aufwertungsfragen, 3. Aufl., 2. Bd. S. 83; BayObLG.: JurR. 1928 Nr. 563). Es ist deshalb auch nicht zulässig, eine andere Anrechnung der Sachleistung des Antragsgegners auf dem Umwege über die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 AufwG. herbeizuführen. Dies würde darauf hinauslaufen, daß an den gesetzlich vorgeschriebenen Anrechnungsart eine billige Härte gesetzt wird, die auf dem Wege der Abwertung ausgeglichen sei, und darauf hinauslaufen, eine gesetzliche Vorschrift durch Anwendung einer anderen auszuschalten, was ersichtlich dem Sinne des Gesetzes widerspräche. Auch im Rahmen der Anwendung der Härtevorschriften der §§ 28 Abs. 5, 15 Satz 2 AufwG. ist dem Richter eine kritische Stellungnahme zur Billigkeit anderer gesetzlicher Bestimmungen des Aufwertungsrechtes verwehrt.

6. Slrt. I §§ 2, 4 SRotöef. B. 24. gebt. 1923 (SR©öl. 147); § 365 @t©58. SBeitn eine ßanbebregierung, fo bie fäcgfifcge, es unterlaffen gat, auf©runb BonSlrt. I§2SRotgef. albbalb befonbere Söeftimmungen gu treffen, fpäter aber — unter au§brüdltdjer Söegugnagme auf baS SRotgef. uttb auf ältere lanbebrecgtlidjeSBorfcgriften — über bte SSoligeiftunbe btefe auf beftimmte SRäurne aubbegnenbeSöeftimmungen erlaffen gat, fofind minbeftenb Bonbiefem,8eiti)unft ab bie frügeren bteSpoligeiftunbe regelnden öorfegriften alb auf©runbbeb SRotgef. erlaffen gu eraegten.

SurcgSlrt. 1§§2,4 SRotgef. unb bte auf©runb bon Strt. I §2 erfaffenen Söefiimmungen ber oberften ßanbebbegörbe ift mägtenb ber Sauer igter ©eltung §365©t©SB. erfegf, alfo unattwenbbar getnorben. SBägrenb biefeb SRec^tS-guflanbeb ift gur Söefirafung bet ©äfte nidjt erforberlicg, bag fie gunädjftgunt ©egen aufgeforbert Worben finb.

Sie ©trafbarieit Bon SRitgliebern gefdE)loffetter©efell-fcgaften, bie int eigenen@runbftüd ober in einetn etmieteten, mit einem fdjanfmirtfdjaftlicgenSBetrieb» erbnnbenenSRaum übet bieSPoligeiftunbe ginaub oermeilen, gängtnidji baöon ab, bag ber fcganfmirtfdjaftlidje S3etrieb nadj (Eintritt ber SPoligeiftunbe nodj aubgeübt wirb.

Ser jeweilig in ginge iommcnbegaft-oberfdjantwirt» fdjafttidje SBetrieb braucht niegt burdj ben gngaber ber betreffenben SRäurne gu gefdjegen.

Set Slufruf ber öollbbeauftragten b. 12. SRoO. 1918 (8*ff- 2) unb Sirt. 123 SRÖerf. fielen einer öeftrafung wegen Übertretung ber Spoligeiftunfae niegt entgege«. f)

Sag SRotgef. ift, Wie aub ber amtl. Söegtüttbung beb Entm. er» gellt, erlaffen worben, weil ber augerorbentlicge foolitifclje unb Wirt» fcijaftlidje SRotftanb, in ben Seutfdjlanb burd) ben miberredjtlidjen ©in» brnd) ber geinbmäcgte in bab SRugrgebiet oerfegt Worben war, bie Sin» paffunaen einiger Söeftimmungen beb geltenden SRedjtb an bie befon» beten SBergältniffe notwenbig gemaegt gatte unb eb gugleidj brittgenb notwendig erfd^ien, gemiffen Slubmüdjfen be§ SBirtfc£jaftisleben§ burdj befonbere SBorfdjriften mägtenb ber Sauer ber SRotlage fcEjärfer entgegenjutreten (ogl. üterju bie SBerganbi. beb SRS., Slnl. gu ben ftenogr. Söericglen S8b. 376, Slktenft. 5535 ©. 6238). Sem» entfrredjenb orbnet eb u. a. in feinem Strt. I § 2 Slbf. 1 an, baff bie oberfte ßanbebbegörbe ober bie Bon igr beftimmte Söegörbe Söeftim» mungen über bie geftfegung unb Spanbgabung ber SPoligeiftunbe in ©oft« unb ©djankmirtfegaften gu erlaffen gat, unb bag babei u. a. aueg SBegimt unb Enbe ber SJSoligeiftunbe oorgufdjreiben finb. Qn Slbf. 2 ©ag 1 biefeb § 2 ift fobann beftimmt, bag bie Bon ber oberften ßanbebbegörbe ober ber Bon igr beftimmten Söegörbe gern. Slbf. 1 über bie geftfegung unb §anbgabung ber SPoligeiftunbe in ©aft« unb ©djankwirtfegaften erlaffenen Söeftimmungen aueg Sin* Wenbung finden auf gefdjloffene ©efellfdjaften in ©aft» ober ©djankmirtfdjaften ober (in) mit einer folcgen in SSerbinburtg ftegenben SRäumen, foweit damit ein gaft» oder fdjankmirtfdjaftiidjet SBetrieb Berbunbeit ift, unb in ©ag 2 biefeb Slbf. *2* enblicg ift ber oberften ßanbebbegörbe ober ber Bon igr beftimmten Söegörbe bie S8e» fugnib eingeräumt, die Slnorbnung, bag bie gern. § 2 Slbf. 1 über bie geftfegung und ¡ganbgabung ber SPoligeiftunbe in ©aft» unb ©egankwirtfegaften Bon igr erlaffenen Söeftimmungen audj auf ge» fcgloffene ©efellfdjaften in ben in Slbf. 2 ©ag 1 beftimmten ©rengen Slnwenbung finden, aueg auf SRäurne aubguöegnen, bie im Eigen* tum gefcgloffener ©efellfdjaften ftegen ober Bott ignen ermietet finb. SRacg Strt. I §4 Slbf. 2 SRotgef. i. b. gaff. berSBD. über Söerntögenäftrafen B. 6. gebr. 1924 wirb mit ©efängnib bis gu fedjb SKonaten unb mit ©elbftrafe bi§ gvt 10000 *¡HM* ober mit einer biefer ©trafen beftraft, wer ben auf ©rund beb § 2 erlaffenen SBor* ftgriften Borfägliig guwibergganbett; bei gagrtäffigkeit tritt nad) Slbf. 3 biefeS § 4 tebiglicg ©elbftrafe bi? gu 10 000 *¡HM* ein.

SRacg ber amtl. Söegr. beS Entm. beb SRotgef. gat gu der SBor» fcgrift beb Slrt. I § 2 Slbf. 2 bie Satfadje genötigt, dag ber Söegtiff ber gefcgloffetten ©efettfegaft in bet SjSrajib gu den fegwerften Um* gegungen ber SPoligeiftunbe ufw. gefügrt gäbe. Ser mit „foweit" ein* geleitete ©agteil beb § 2 Slbf. 2 ©ag 1 War im SRegierungbentw. niegt entgalten. @r ift erft gemäg beut Slntrage beb 22. Slubfdjuffeb burd) ben SRS. eingefügt worben. Ser Qwedt ber Einfügung ift aub ben gebrückten SBerg. beb SRS. niefjt erkennbar. SRacg ber ©efeg ge» wordenen gaffung find jedenfalls gefdjioffene ©efellfdjaften, wenn fie in einer ©aft» ober ©djankwirtfegaft weilen, ogne weitereb ber Spoligeifiunbe unterworfen, wenn fie fieg dagegen in einem mit einer ©aft» ober (scgankwirtfdjaft in öerbinbung ftegenben SRaume auf» galten, nur infoweit, alb mit biefem SRaum ein gaft» oder feganfewirt» fcgaftlidger SBetrieb nerbuubeu ift. Sag biefelbe @infd)ränkuitg aud; ju gelten gat, Wenn fieg gefcgloffene ©efeUfd;aften in SRäumen auf» galten, bie in igrem Eigentum ftegen ober Bon ignen ermietet finb, ift feftftegenbe SRfpr. beb Dß©. Srebben.

©egenüber bem fnigeren SRedjtbäuftanb (§ 365 ©t®SB.) gaben die SSoxfcgtiften in Slrt. I §§ 2, 4 SRotgef. wefenttiege öeränberungen, iubbef. SBerfdjärfungen, gebraegt. Slbgefegen öaoon, bag bab Slotgef. niegt ntegr Wie§365 Slbf. 1 @t©S8., nur Bon ©cgankftuben, fonbent Bon ©djankwirtfcgafteu fgriegt, unb bag eb ber oberften ßanbebbegörbe ober ber Bon igr beftimmten Söegörbe ben Erlag Bon Söeftimmungen über bie geftfegung unb ¡jjanbgabung ber Sf3uligeiftuntde niegt nur in ©djankmirtfegaften, fonbern aueg in ©aflwirtfcgaften, alfo fogar in Söetrieben, bie lebiglicg ber Borübetgegenben gewerbbmägigen S8e» gerberguitg Bon jjremben bienen, äur Sffflidjt maegt, beftimmt eb Weiter noeg, bag aueg gefd;(offene ©efellfdjaften, wenn fie fieg in einer ©aft» ober ©d)ankmirtfd;aft aufgalten, ebenfalls den Söeftimmungen ber oberften ßanbebbegörbe über bie geftfegung unb iganbgabung ber Sf3oligeiftunde in ©aft» unb ©egankwittfegaften unter» Worfen finb, fidg ber Slnwenbnng biefer Söeftimmungen alfo and) nid;t megr baburdg entgegen können, bag fie ben Bon ignen &e» nugten SRaum gegen ben gutritt fremder, niegt jur gefcgloffenen ©e» felifcgaft gegöriger Sf5erfonen ffjerren. SRacg ber ju § 365 Slbf. 1 u. 2 allgemein Betretenen SRedjtbauffaffung fielen SRaume, bie nur einer gefcgloffenen ©efelifdjaft, alfo einem naeg äugen feftbegreuäten, naeg innen bureg Wecgfeifeitige fjerfönlicge ober facglicge öe^iegungen Ber* bunbenen Sperfouenkreib äugänglid; waren, niegt unter *ben* Söegtiff ber ©¿gankftube, inbbef. niegt im Eigentum bet gefcgloffenen^©efelt* fegaft ftegenbe ober Bon igr ennietete SRäurne, folange fie nid;t ber Öffentlichkeit pgänglieg gemaegt würben.

Sab @äd;f. SDiiit. b. gnit. gat nun bereitb am 27. Slug. 1921, alfo lange geit Bor bem gnkrafttrelen beb SRotgef., für die geit naeg bem Singerkrafttreten (31. Slug. 1921) beb § 3 Söek. betr. bie Erfror» itib Bon Sörennftoffen 0. 11. Sej. 1916 (SR©S8l. 1355) eine SBD. über bie Spoli§eiftnnbe erlaffen, in ber die Spolijeiftunbe eingeülicg für ganj ©aegfen auf 1 Ugr Bonn, feftgefegt worben ift; unb nadg ber Weiter bie Oribgolijeibegörben ermad;tigt werben, bie Sfßolijeiftunbe bei be* fonbeteit Slnläffen für eittjelne Sage ober SBeranftaltnngen, jedoch in ber SRegel nidjt über 2 Ugr botm. uttb in Einäelfäden bei SBorliegen eineb ganj befortberen SÖebütfniffeb audg über biefe geit ginaub, in ber SRegel jebod; nid;t über 3 ltgr Bonn, gu oerlängern. gn ber SSO. B. 27. Sing. 1921 (©äd;f. ©taatbgtg. o. 30. Slug. 1921) geigt eb ferner, „bab Söebürfnib wirb ftetb anguerkennen fein für SSiagloer* fammlnngen unb öffentliche SBerfammlnngen oon Stngegörigen ber 93e-rufe, bereit Sätigkeit fieg bib in bie früten Slbenbftunben ginein erftreckt", guwibergattblungen gegen bie S3D. o. 27. Slug. 1921 fielen Bor bem gnkrafttreten beb SRotgef. unter bie ©trafoorfdjrift beb § 365 ©t@S8. SBiefe S8D. ift naeg bem gnkrafttreten beb SRotgef. unBeränbert itt ffiraft geblieben. Eine SReuoeröffentiidjung, etwa alb nunmegr auf ©tuttb beb Slrt. I § 2 Slbf. 1 SRotgef. erlaffene Söefiim» ntnttg ift nidjt erfolgt, gn feiner 5BD. b. 22. SlRai 1923 (©äd;f. ©taaibgtg. B. 23. SlRai 1923) gat aber bab ©äd;f. SDtin. b. gnn. Bon ber igtn in Slrt. I § 2 Slbf. 2 ©ag 2 SRotgef. erteilten Söefugnib @e» braueg gemaegt unb unter anbbrüddieger Söegngnagme auf biefe xeicgbgefeglidje SBeftimtnung angeorbttet, bag bie bureg bie SS£>. B. 27. Slug. 1921 einheitlich für gang ©atgfen auf 1 Ugr sonn, feft« gefegte Spoligeiftunbe aueg für SRäurne gelte, „bie im Eigentum ge* fcgloffener ©efellfdjaften ftegen ober Bon ignen ermietet find,". Sab SPoligefrräfibium Srebben gat darauf in feiner Söek. 0. 10. guli 1923 (Srebbner Sing. B. 12. gnli 1923), unter §tnweib auf bie einheitliche geftfegung ber Spotigeiftnnbe burd; bab SOtin. beb gnn. auf 1 Ügr naegib fowie auf bie ungeordnete Slnbbegnnng ber S|5oligeiftunbe auf die in Strt. I §2 Slbf. 2 ©ag 2 SRotgef. genannten SRäurne bab Ende ber Spotigeiftnnbe auf 6 Ugr Borat, für ©djank» wirtfdjafteu aller Slrt beftimmt unb weiter noeg darauf gingewiefen, bag SRidjtetngalturtg ber spoligeiftunbe Söeftrafnng auf ©ruttb Bon § 4 SRotgef. unb § 365 @t@SB. naeg fieg siege. SlBie ber erk. ©en. bereitb in feinem Urt. B. 23. San-1925 (2 OSta 335/24) bargetan gat, gaben and; bie SBorfcgriften ber aderbingb bereitb längere $«1 Bor Erlag unb Inkrafttreten beb SRotgef. ergangenen SpoligeiftunbenSPÖ. beb ©üdjf. SOiin. b. (gm'- o. 27. Slug. 1921, fräteftenb feit bem gnkraft» treten ber SPD. bebf. ÜRitt. B._22. 9Rai 1923, alb auf ©runb beb Slrt. I § 2 Slbf. 1 SRotgef. erlaffene Söeftimmungen ber oberften ßan* bebbeljörbe in ©adjfen über bie geftfegung unb §anbgabung ber Spoli» eiftunbe gu gelten. Sgeroorgegoben [ei gier noegmatb, bag bie SBor« egrift in Slrt. I § 2. Slbf. 2 ©ag 2 SRotgef., nad; der bie in ©ag 1 ge» «offene Slnorbnung, bag bie Bon der oberften ßanbebbegörbe ober ber Bon igr beftimmten Söegörbe über bie geftfegung unb §aub* ljabuttg bet SPoiigetftnnbe itt ©aft« uttb ©djankmirtfegaften gemag Slbf. 1 erlaffenen Söeftimmungen and; auf gefcgloffene ©efellfdjaften in ben in Slbf. 1 Sag 1 beftimmten ©rengen Slnwenbnng finden, Bon ber oberften ßanbebbegörbe ufw. and) auf SRäurne aubgebegnt Werben

8« 6. Scr erfte au bie ©gige ber obigen Entfd;. gefietlte ücit« fag folgt aub atigemein»red;tiid;en ©rünben fegon wegen der Se^ug» nagme auf ältere Söeftimmungen. SBenn bie Sjioligeiftuitbe burd; bie fädjf. Banbebregieruitg auf beftimmte SRäurne aubge&egnt worben ift, butd; §inweib auf ältere lanbebrecgtlicge SBorfdjr., fo bedeutet baä foBiel wie eine iugaltlid;e Slufnagme jener SSorftgr. Söcbenklicg ift dagegen ber gweite SRecgibgtunbfag, weil §365 ©t©SÖ. nur ein SRagmengefeg barfieltt unb eine Stufgebung in keiner SBeife bureg aub» brücktidje SBeftimmmtg kenntHcg gemaegt worben ift. gutreffenb finb bie übrigen SRedjtbgrunbfäge.

Sprof. Dr. grig @tier*©omlo, ¡Sfötn.

kann, die im Eigentum geschlossener Gesellschaften stehen oder von ihnen ermietet sind, den Erlaß von Bestimmungen gem. Art. I § 2 Abs. 1 Notges. voraussetzt, daß also auf Grund des Art. I § 2 Abs. 2 Satz 2 Notges. nur gem. Art. I § 2 Abs. 1 Notges. erlassene Bestimmungen auf Räume, die im Eigentum geschlossener Gesellschaften stehen oder von ihnen ermietet sind, ausgedehnt werden konnten und können. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf Art. I § 2 Abs. 2 Notges. im Eingang der VO. v. 22. Mai 1923 ist hiernach unzweideutig zum Ausdruck gebracht worden, daß die PolizeistundenVO. v. 27. Aug. 1921 vom Tage des Inkrafttretens der VO. v. 22. Mai 1923 ab als auf Grund des Art. I § 2 Abs. 1 Notges. hat erlassen gelten sollen. Wollte man der auf Grund des Art. I § 2 Abs. 2 Notges. erlassenen VO. v. 22. Mai 1923 den bezeichneten Einfluß auf die VO. v. 27. Aug. 1921 absprechen, so würden im Freistaat Sachsen vorsätzliche und fahrlässige Überschreitungen der Polizeistunde auch in den in Art. I § 2 Abs. 2 Satz 2 Notges. bezeichneten Räumen nicht nach den Strafvorschriften des Notges. geahndet werden können, weil es dann an dem Erlaß von Bestimmungen der obersten Landesbehörde in Sachsen auf Grund des Art. I § 2 Abs. 1 Notges. fehlen würde, die auf die in Art. I § 2 Abs. 2 Satz 2 dieses Ges. bezeichneten Räume hätten ausgedehnt werden können.

Richtig ist allerdings, daß das Notges. den § 365 StGB. nicht erwähnt und auch nichts darüber sagt, in welchem Verhältnis die eigenen Anordnungen und die von der obersten Landesbehörde zu erlassenden Bestimmungen zu § 365 StGB. stehen. So nahe eine Regelung dieses Verhältnisses im Gesetze selbst an sich gelegen hätte und so zweckmäßig sie gewesen wäre, so war sie doch, zumal das Notges., das, wie schon sein Name besagt, ein bloßes Zeitgesetz ist, den § 365 StGB. nicht für alle Zeiten hat beiseite schieben wollen, nicht notwendig. Nicht außer Betracht gelassen werden darf, daß das Notges. unter der unmittelbaren Einwirkung der durch den widerrechtlichen Einbruch der Feindmächte in das Ruhrgebiet verursachten politischen und wirtschaftl. Notlage mit einer gewissen, bei der Notwendigkeit eines sofortigen Eingreifens unvermeidl. Hast zustande gekommen ist, die es nicht verwunderlich erscheinen läßt, daß das Ges. nicht mit der erforderlichen Genauigkeit durchberaten worden ist. Keinesfalls darf aus der Unterlassung der Regelung des bezeichneten Verhältnisses im Gesetze geschlossen werden, daß die Vorschrift des § 365 Abs. 1 StGB. über die Strafbarkeit der Gäste habe aufrechterhalten werden sollen, daß man also hinsichtlich der Begrenzung des strafbaren Tatbestandes über diese Vorschrift nicht habe hinausgehen wollen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Schlußfolgerung spricht, daß das Notges., wie bereits erwähnt, erlassen worden ist, um gewissen Auswüchsen des Wirtschaftslebens gegenüber während der Dauer der Notlage Deutschlands gerade durch besondere Vorschriften ein schärferes Entgegentreten zu ermöglichen, und daß in Räumen, die im Eigentum einer geschlossenen Gesellschaft stehen oder von ihr ermietet sind, weder dem Inhaber des mit diesen Räumen verbundenen gast- oder schankwirtschaftlichen Betriebs, noch seinem Stellvertreter, noch auch einem Polizeibeamten die Befugnis zusteht, die Mitglieder der Gesellschaft nach Eintritt der Polizeistunde — wie zur Strafbarkeit nach § 365 StGB. erforderlich — zum Fortgehen aus den eigenen oder den von der Gesellschaft ermieteten Räumen aufzufordern bzw. sie zwangsweise zu entfernen. Der erk. Sen. hat nach alledem keine Veranlassung gefunden, von seiner, auch von anderen OLG. geteilten Rechtsauffassung abzugehen, daß der § 365 StGB. durch die §§ 2 u. 4 Art. I Notges. und die auf Grund des Art. I § 2 dieses Ges. erlassenen Bestimmungen der obersten Landesbehörde während der Dauer ihrer Geltung ersetzt worden ist. Jede Zuwiderhandlung des Gastes oder des Wirtes oder der Mitglieder geschlossener Gesellschaften in den in Art. I § 2 Abs. 2 Satz 1 Notges. bezeichneten oder in den von der obersten Landesbehörde gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 weiter noch der Polizeistunde unterworfenen Räumen gegen die von der obersten Landesbehörde usw. gem. § 2 Abs. 1 erlassenen Bestimmungen ist hiernach schlechthin strafbar. Eine Aufforderung zum Fortgehen ist zur Bestrafung der Gäste wegen Überschreitung der Polizeistunde mithin zur Zeit nicht erforderlich, Mitgliedern einer geschlossenen Gesellschaft gegenüber aber, die im Eigentum der Gesellschaft stehenden oder von ihr ermieteten, mit einem gast- oder schankwirtschaftlichen Betrieb verbundenen Räumen über die Polizeistunde hinaus verweilen, in denjenigen Ländern, die, wie Sachsen, von der Ermächtigung des Art. I § 2 Abs. 2 Satz 2 Notges. Gebrauch gemacht haben, wie bereits hervorgehoben, ohne jede Bedeutung und überhaupt nicht durchführbar. Aus dem Urt. des RG. v. 17. Febr. 1927 (JW. 1927, 909) kann der Angekl. zu seinen Gunsten nichts herleiten. In diesem Urt. ist lediglich gesagt, daß sich nach § 365 StGB. ein Wirt strafbar mache, der das Verweilen seiner Gäste über die Polizeistunde hinaus dulde und daß in dieser Beziehung, d. h. also soweit dieser gegen den Wirt sich richtende Tatbestand in Frage kommt, u. a. auch durch das NotG. eine Milderung nicht herbeigeführt worden sei. Zu der Frage, ob hinsichtlich des gegen die Gäste sich richtenden Tatbestandes des § 365 Abs. 1 StGB. durch die erwähnten Vorschriften des NotG. und die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Bestimmungen der obersten Landesbehörden eine Änderung herbeigeführt worden ist, hat das RG. überhaupt nicht Stellung genommen. Auf eine andere Weise als dadurch, daß er das Verweilen seiner Gäste über die festgesetzte Polizeistunde hinaus duldet, kann aber ein Wirt gegen Vorschriften, durch die die Polizeistunde auf eine bestimmte Zeit festgesetzt worden ist, nicht verstoßen. An diesem Tatbestande konnte mithin das NotG. nichts ändern. Darauf hingewiesen sei, daß das OLG. Hamburg seine in dem Urt. v. 28. März 1924 (ZStW. 45, 89) vertretene Rechtsauffassung, daß der § 365 Abs. 1 StGB. durch Art. I §§ 2 und 4 NotG. und die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Bestimmungen der obersten Landesbehörde nicht ersetzt worden sei, bereits in seinem Urt. v. 6. Nov. 1924 (HöchstRR. I, 170) unter eingehender Begründung aufgegeben hat. Wie das Polizeipräsidium Dresden dazu gekommen ist, in seiner Bek. v. 10. Juli 1923 zu erklären, daß Nichteinhaltung der Polizeistunde Bestrafung auf Grund von § 4 NotG. und § 365 StGB. nach sich ziehe, ist nicht erfindlich.

Auch der Ansicht der Rev., daß es, selbst wenn es richtig wäre, daß § 365 StGB. durch Art. I §§ 2 und 4 NotG. und die auf Grund des § 2 dieses Gesetzes von der obersten Landesbehörde erlassenen Bestimmungen ersetzt worden sei, zum mindesten im Freistaat Sachsen an einem ausreichend bestimmten strafbaren Tatbestande fehle, kann nicht beigetreten werden. Der von der Rev. vermißte strafbare Tatbestand besteht in Sachsen in dem Überschreiten der durch die VO. v. 27. Aug. 1921 u. a. auch für Gast- und Schankwirtschaften auf 1 Uhr vorm. festgesetzten Polizeistunde durch Wirte und Gäste in Gast- und Schankwirtschaften sowie durch geschlossene Gesellschaften in den in Art. I § 2 Abs. 2 Satz 1 NotG. und in den in der sächs. VO. v. 22. Mai 1923 bezeichneten Räumen.

Daß es sich bei den hier in Frage kommenden Hotelräumen, in denen ein Sportverein regelmäßig seine Spielabende abgehalten hat, um von einer geschlossenen Gesellschaft ermietete, ihr ausschließlich zur Verfügung und mit einer Schankwirtschaft in Verbindung stehende Räume gehandelt hat, mit denen ein schankwirtschaftlicher Betrieb verbunden war, ist im angefochtenen Urt. rechtlich einwandfrei festgestellt. Der Umstand, daß die Schankwirtschaft im Hotel in der hier in Frage kommenden Nacht nach Eintritt der Polizeistunde nicht mehr ausgeübt worden ist und daß nach Eintritt der Polizeistunde an die in den fraglichen Räumen noch anwesenden Mitglieder des Sportvereins keine Speisen und Getränke mehr verabreicht worden sind, ist für die Entsch. der Frage, ob mit den in Frage kommenden Räumen ein schankwirtschaftlicher Betrieb verbunden war, ohne Bedeutung. Wollte man die Strafbarkeit von Mitgliedern geschlossener Gesellschaften, die in einem im Eigentum der Gesellschaft stehenden oder von ihr ermieteten, mit einem schankwirtschaftlichen Betrieb verbundenen Raume über die Polizeistunde hinaus verweilen, davon abhängig machen, daß der schankwirtschaftliche Betrieb nach Eintritt der Polizeistunde tatsächlich noch ausgeübt wird, so würde der Umgehung des Gesetzes Tür und Tor geöffnet sein. Es würde dann unmöglich sein, gegen diejenigen in solchen Räumen über die Polizeistunde hinaus weilenden Mitglieder geschlossener Gesellschaften strafrechtlich einzuschreiten, die ihren etwa noch nach Eintritt der Polizeistunde vorhandenen Bedarf an Speisen und Getränken aus dem mit den Räumen verbundenen schankwirtschaftlichen Betrieb vorher eingedeckt haben. Sie würden straflos über die Polizeistunde hinaus in ihren Räumen weiter zechen dürfen. Daß dies dem Sinn und dem Zweck des Gesetzes widerspricht, liegt auf der Hand. Gegen die von den Rev. vertretene Auslegung der gesetzlichen Vorschriften spricht auch der klare Wortlaut des Gesetzes selbst, insofern es geschlossene Gesellschaften auch dann in den in ihrem Eigentum stehenden oder von ihnen ermieteten Räumen der Polizeistunde unterwirft, wenn mit diesen Räumen lediglich ein gastwirtschaftlicher Betrieb, also ein Betrieb verbunden ist, der lediglich der vorübergehenden gewerbsmäßigen Beherbergung Fremder dient.

Der weitere Einwand der Beschwerdeführer, Ziff. 2 des Aufrufs der Volksbeauftragten v. 12. Nov. 1918 (RGBl. 1303), nach der das Vereins- und Versammlungsrecht keiner Beschränkung unterliege, sowie die Vorschr. in Art. 123 RV. 1919, nach der alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung oder ohne Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln, ständen ihrer Bestrafung entgegen, geht ebenfalls fehl. Die Bestimmungen über die Polizeistunde finden auf Vereine und Versammlungen in derselben Weise Anwendung, wie auf einzelne Personen. Eine Mehrheit von Personen, auch wenn sie ein Verein oder eine Versammlung ist, kann nicht beanspruchen, anders behandelt zu werden, als einzelne Personen nach Lage der gesetzlichen Bestimmungen behandelt werden müssen. Der Wille der Volksbeauftragten bei Erlaß des Aufrufs v. 12. Nov. 1918 ist, wie keinem Zweifel unterliegen kann, nur dahin gegangen, die besonderen Beschränkungen des Vereins- und Versammlungsrechts, die in weiten Kreisen den stärksten Angriffen ausgesetzt waren, sofort außer Wirksamkeit zu setzen, und in Art. 123 RVerf. ist allen Deutschen ausdrücklich nur das Recht eingeräumt, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln. Dieses Recht der Versammlungsfreiheit wird aber durch die Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde nicht berührt.

Der als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der sächs. MinVO. v. 22. Mai 1923 erforderliche gast- oder schankwirtschaftliche Betrieb muß auch keineswegs notwendig, wie die Revisionsführer meinen, durch den Inhaber der in Frage kommenden Räume erfolgen. Eine solche Ein-

schränkung ist weder aus dem Wortlaut des Art. I § 2 Abs. 2 NotG. noch aus dem gesetzgeberischen Zwecke dieser Bestimmung zu entnehmen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Polizeistunde für alle Räume ausdehnen wollte, in denen ein gast- oder schankwirtschaftlicher Betrieb überhaupt stattfindet, gleichviel ob er vom Inhaber der Räume oder von einem anderen ausgeübt wird.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 30. Aug. 1927, 2 OSt 99/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

Hamburg.

7. § 184 Nr. 3, 3a StGB. **Durch Hinzufügung der Nr. 3a in § 184 ist, ohne daß der Wortlaut geändert ist, der Sinn der Nr. 3 dahin geändert, daß ansteckungsverhütende Mittel nicht mehr unter Nr. 3 fallen.** †)

Der Angekl. hatte in der Drogistenzeitung Leipzig eine Anzeige veröffentlicht, in welcher er unter der Bezeichnung „hygienische Panzeretten" Präservativs zum Bezuge anbot. Er ist dieserhalb vom AG. auf Grund des § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (in der bisherigen Fassung) verurteilt worden. Auf seine Berufung hat die Strafkammer das erste Urt. aufgehoben und auf Freisprechung erkannt, weil die beanstandete Ankündigung gegen Sitte oder Anstand nicht verstoßen habe, eine Bestrafung nach § 16 Nr. II des inzwischen in Kraft getretenen Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (RGBl. I, 61) v. 18. Febr. 1927 mithin nicht mehr erfolgen könne. Gegen das Berufungsurteil hat die Staatsanwaltschaft Rev. eingelegt. Sie rügt Verletzung materiellen Rechts.

Als ein zu unzüchtigem Gebrauch bestimmter Gegenstand i. S. des § 184 Nr. 3 StGB. der bisherigen Fassung ist anzusehen, was zum Gebrauche beim — ehelichen oder außerehelichen — Geschlechtsverkehr sich eignet und erfahrungsmäßig Verwendung zu finden pflegt (RGSt. 34, 365; 46, 6; 46, 117). Hierzu gehören Mittel, die der Vorbeugung gegen geschlechtliche Erkrankung dienen, in gleicher Weise wie empfängnisverhütende Mittel, insbes. also die sog. Präservativs, auf welche auch die amtliche Begründung des Entw. zu dem Ges. v. 25. Juni 1900 betr. Änderungen und Ergänzungen zum StGB. (RGBl. 301) besonders hinweist. Unter der Voraussetzung, daß die beanstandete Anzeige sich an das „Publikum" i. S. der Strafvorschrift gewandt und daß ein Leser von einer gewissen Lebenserfahrung die angebotenen „Panzeretten" richtig als das hat verstehen können, was unter dieser Bezeichnung angeboten wurde (RG. 34, 285; 36, 139), würde die Verurteilung des Angekl. nach dem bisher geltenden Ges. haben erfolgen müssen.

Gegen die Fassung des § 184 Nr. 3 StGB., insbes. aber gegen die Auslegung, welche die Rspr. dieser Vorschrift gegeben hat, sind im Laufe der Zeit — vorwiegend aus ärztlichen Kreisen — Bedenken erhoben worden. Es wurde geltend gemacht, daß die Erschwerung des Vertriebs der Schutzmittel zu einer Einschränkung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs nicht geführt, wohl aber auf der anderen Seite an der ausgedehnten Verbreitung der geschlechtlichen Erkrankungen zu ihrem Teile mit Schuld trage. Vor den sittlichen Gedanken trat der hygienische Gedanke in den Vordergrund. Die Gesetzentwürfe der neuesten Zeit waren daher bestrebt, die Schutzmittel durch Erleichterung ihres Vertriebs dem Kampfe gegen die Geschlechtskrankheiten dienstbar und so der allgemeinen Volksgesundheit nutzbar zu machen (vgl. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Regierungsvorlage v. 6. Juni 1925, RT., III. Wahlperiode 1924/25 Nr. 975 S. 12). Diese Erkenntnis ist im § 16 Nr. II des am 1. Okt. 1927 in Kraft getretenen Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927 (RGBl. I, 61) zum Ausdruck gelangt; dadurch ist der bisherigen Bestimmung des § 184 StGB. unter Nr. 3a eine neue Sondervorschrift hinzugefügt worden, durch welche die Anwendbarkeit der bisherigen Nr. 3 begrenzt und die Strafbarkeit der öffentlichen Ankündigung von Schutzmitteln auf den Fall beschränkt wird, daß die Art und Weise dieser Ankündigung Sitte oder Anstand verletzt. Es war von ärztlicher Seite darauf hingewiesen worden, daß fast jedes ansteckungsverhütende Mittel auch der Vorbeugung der Empfängnis dienstbar gemacht werden könne (vgl. die Begründungen zu den Entwürfen eines Allg. Deutschen StGB. 1925 S. 138, 1927 S. 150). Aus dieser Erwägung sind in den Bestimmungen beider Entwürfe (1925: § 270 Abs. 2, 1927: § 302) Mittel, Gegenstände (Werkzeuge) oder Verfahren *beider* Gattungen einander gleichgestellt worden. Danach soll die öffentliche Ankündigung, Anpreisung oder Ausstellung eines Mittels, Werkzeugs, Gegenstandes oder Verfahrens, „das zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten *oder zur Verhütung der Empfängnis*" dient, nur dann noch strafbar sein, wenn sie „in einer die Sitte oder den Anstand verletzenden Weise" erfolgt. Von diesen Bestimmungen unterscheidet sich allerdings die Fassung der durch das Ges. v. 18. Febr. 1927 geschaffenen, im übrigen gleichlautenden Vorschrift des § 184 Nr. 3a insofern, daß in ihr ausschließlich von Mitteln, Gegenständen oder Verfahren die Rede ist, die *zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten* dienen. Dieser Unterschied ist jedoch nicht von sachlicher Bedeutung. Der Bestimmung des § 16 Nr. II des Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, der dem bisherigen § 184 StGB. die Vorschrift der Nr. 3a einfügt, liegen die gleichen Erwägungen zugrunde, die zur Aufnahme der entsprechenden Bestimmungen in die beiden Entwürfe geführt haben. Der Wortlaut der Begründung des Entw. läßt keinen Zweifel darüber, daß die vorgeschlagene Regelung im künftigen Allg. Deutschen StGB. keine andere sein solle, als sie in dem Ges. v. 18. Febr. 1927 erfolgt ist. Trifft es weiter zu, daß durchweg jedes der Ansteckung vorbeugende Mittel gleichzeitig auch zur Verhütung der Empfängnis verwendet werden kann, so würde die durch die Novelle geschaffene Vorschrift nahezu gegenstandslos, mithin nicht geeignet sein, den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck zu erfüllen. Nach Sinn und Bedeutung der Nr. 3a sind vielmehr zu den von dieser Sonderbestimmung betroffenen Mitteln, Gegenständen oder Verfahren auch diejenigen zu rechnen, welche *neben* der Verhütung von Geschlechtskrankheiten auch dazu dienen können, einer Empfängnis vorzubeugen. Daß die bisherige Vorschrift des § 184 Nr. 3 StGB. in ihrem Wortlaut selbst nicht geändert ist, bleibt sachlich ohne Bedeu-

---

Zu 7. Der Entsch. ist in vollem Umfange beizutreten. Die in Frage stehenden Präservativs (Gummiartikel) sind als Vorbeugungsmittel und nicht als Heilmittel angepriesen worden. Der Verkauf und das Feilhalten sog. „Schutzmittel" war schon nach geltendem Recht gestattet. Untersagt war lediglich die öffentliche Anpreisung aus dem Gesichtspunkt des § 184, 3 StGB. Dabei hat das RG. einmal ohne die Billigung der einschlägigen Kreise, insbes. der Ärztewelt, angenommen, daß ein Mittel, welches geeignet ist, den außerehelichen Verkehr zu fördern, als zum unzüchtigen Gebrauch i. S. § 184, 3 StGB. anzusehen ist. Mit demselben Recht könnte das RG. eine große Anzahl von Hausmitteln, beispielsweise Speiseessig, unter das Ankündigungsverbot des § 184, 3 stellen, weil Speiseessig, oder, um ein anderes Beispiel zu nehmen, Senfsamen, von Unkundigen und Kurpfuschern vielfach zu Abtreibungszwecken benutzt wird. In der neueren Rspr. hat dieser Standpunkt insofern eine Milderung erfahren, als die Ankündigung von Gegenständen, welche vorwiegend sanitären Zwecken dienen, straffrei bleiben soll, selbst dann, wenn das Mittel auch gelegentlich oder mißbräuchlich zu unzüchtigen Zwecken Verwendung findet.

Am 1. Okt. 1927 ist das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten in Kraft getreten. Gem. § 2 Abs. 2 StGB. muß nun bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildere Gesetz angewandt werden. In der Literatur ist mit Recht die Ansicht vertreten, daß diese Bestimmung nur anwendbar ist, wenn die Aufhebung des in Betracht kommenden Gesetzes auf geänderter Rechtsauffassung beruht. Vorliegendenfalls kann man von einer geläuterten Rechtsauffassung sprechen. § 184 i. Verb. m. § 16 Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten ist nunmehr dahin ergänzt worden, daß Gegenstände, die zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten dienen, dann öffentlich angepriesen und ausgestellt werden dürfen, wenn es in einer Sitte und Anstand nicht verletzenden Weise geschieht.

Eine hier anknüpfende Streitfrage ist, ob unter den Schutz des § 184 Nr. 3 auch solche Geschlechtskrankheiten verhütende Mittel fallen, die infolge ihrer desinfizierenden Wirkung auch gleichzeitig empfängnisverhütend wirken können und denen in der Anpreisung auch diese andere, nämlich „empfängnisverhütende" Wirkung beigemessen wird.

Mit Recht hat die Entsch. des OLG. Hamburg — übrigens in Gemeinschaft mit anderen Gerichten — die Frage bejaht. *Schäfer* und *Lehmann*, die Kommentatoren und Mitarbeiter des Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, sagen S. 204 des Komm. zu § 184 Nr. 3, „das führt notwendig dazu, auch solche Gegenstände in den Bereich der Vorschrift einzubeziehen, die nicht nur der Verhütung von Krankheiten, sondern auch der Verhütung von Empfängnis dienen".

Zu der Frage des subjektiven Verschuldens trifft das neue Gesetz, welches nunmehr die sog. prophylaktischen Mittel nicht mehr den „unzüchtigen Gegenständen" gleichstellt, sondern nach der neuen Bestimmung des § 184, 3a als delictum sui generis nur noch mit Strafe bedroht, wenn die Ankündigung Sitte und Anstand verletzt, keine Bestimmung. Fahrlässigkeit macht jedoch nicht straffällig. Es handelt sich um kein Polizeidelikt. Da das Gesetz nichts Besonderes bestimmt, so muß aus allgemeiner Rechtsableitung dem Täter Vorsatz aber doch wenigstens dolus eventualis nachgewiesen werden.

Die umstrittene Rechtslage charakterisiert sich zusammenfassend wie folgt:

1. Bei solchen Gegenständen, welche ausschließlich empfängnisverhütenden Zwecken dienen, verbleibt es bei der bisherigen Rspr. aus dem Gesichtspunkt des § 184, 3 StGB., es sei denn, daß ein solches Mittel nach Sachverständigenauffassung auch oder doch vorwiegend sanitären Zwecken dient.

2. Wirkt ein empfängnisverhütendes Mittel infolge desinfizierender Eigenschaft auch geschlechtskrankheitenverhütend, so ist Anpreisung und Ausstellung eines solchen Mittels gem. § 184, 3 straflos, wenn sie nicht in einer Sitte und Anstand verletzenden Weise geschieht. RA. Dr. Adolf Hamburger, Berlin.

tung. Ob Inhalt und Geltungsbereich eines bestehenden Ges. durch unmittelbare Änderung seines Wortlauts oder durch Hinzufügung einer einschränkenden neuen Bestimmung begrenzt wird, ist lediglich Sache der Gesetzestechnik. Allerdings hat die Vorschrift der Nr. 3 durch die Novelle eine wesentliche Beschränkung ihres Anwendungsgebiets erfahren; sie bezieht sich nur noch auf solche Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, ohne dem in der Nr. 3a bezeichneten Zweck zu dienen[1]) (vgl. Begr. z. Entw. 1925: S. 138; 1927: S. 150; Schäfer-Lehmann, Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten S. 203).

Im vorl. Falle ist die Art der beanstandeten Ankündigung nicht geeignet, Sitte oder Anstand zu verletzen. Danach ist unter Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. die Freisprechung des Angekl. gerechtfertigt und die Rev. unbegründet.

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 23. Febr. 1928, R II 17/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

8. Sittenpolizeiübertretung nach § 361 Nr. 6 StGB. n. F.

Die Angekl. soll gegen § 361 Nr. 6 n. F. verstoßen haben. Das AG. scheint es für wesentlich zu erachten, ob jemand durch das Verhalten tatsächlich belästigt ist. Das würde rechtsirrtümlich sein. Es handelt sich um ein Gefährdungs-, nicht um ein Verletzungsdelikt, so daß nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, ob die Handlung geeignet gewesen ist, einen anderen zu belästigen. Maßgebend ist das Anstandsgefühl des normal empfindenden Menschen, so daß weder zu große Laxheit noch die überempfindlichkeit den Maßstab abgeben können (Schäfer-Lehmann, Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten 214, Urt. d. Gerichts v. 28. Nov. 1927, R III 183/27). Ob im vorl. Falle das Verhalten der Angekl. objektiv geeignet gewesen ist, Passanten zu belästigen, läßt sich aus dem Urteil nicht ersehen, da die Feststellung, die Angekl. habe sich durch „ihr ganzes Verhalten" zur Unzucht angeboten, keinen genügenden Schluß nach dieser Richtung zuläßt. Es ist nicht zu verkennen, daß die Tatsache, daß ein Passant sich belästigt gefühlt hat, ein Fingerzeig für die Beurteilung sein kann, doch kann dieser Umstand das Gericht nicht von der Anlegung des objektiven Maßstabes befreien.

Die Übertretung des § 361 Nr. 6 n. F. kann nur vorsätzlich begangen werden, so daß im einzelnen geprüft werden muß, ob die Angekl. sich der einzelnen Tatbestandsmerkmale bewußt gewesen ist.

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 16. April 1928, R III 43/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

9. § 361 Nr. 6a StGB. Begriff des Unzuchttreibens zu Erwerbszwecken. †)

Die der Übertretung des § 361 Nr. 6a StGB. beschuldigte Angekl. ist vom AG. freigesprochen worden. Die StA. hat Rev. eingelegt.

Der Vorderrichter geht von der Erwägung aus, daß die Angekl. nach ihrer unwiderlegbaren Angabe nur mit zwei bestimmten Männern, die sie wöchentlich in ihrer Wohnung zu diesem Zwecke empfangen habe, gegen Entgelt geschlechtlich verkehrt, die Unzucht mithin nicht gewohnheitsmäßig ausgeübt habe. Gewohnheitsmäßigkeit setzt den durch Übung ausgebildeten, bewußt oder unbewußt selbsttätig fortwirkenden Hang zu einer Betätigung voraus. Der Umstand, daß sich die Angekl. nur zwei bestimmten Männern gegen Bezahlung hingegeben hat, schließt keineswegs aus, daß sie aus diesem Hang gehandelt hat. Auch im übrigen steht die Feststellung, daß sich der Unzuchtbetrieb auf zwei bestimmte Männer beschränkt hat, der Anwendung des Gesetzes nicht ohne weiteres entgegen. Daß sich die Täterin einem individuell nicht bestimmten Kreise von Männern gegen Entgelt hingegeben hat, ist für die auf Erwerb gerichtete Absicht nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die Willensrichtung. Unter Umständen kann schon die gegen Bezahlung erfolgte geschlechtliche Hingabe an einen Mann dieses Merkmal des Gesetzes erfüllen, sofern bei der Täterin die Absicht bestand, demnächst zum Zwecke des Erwerbes auch mit anderen Männern Unzucht zu treiben (vgl. RGSt. 41, 59; 45, 264; Schäfer-Lehmann, Gesetz z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Note 33c zu § 16). Nach diesem rechtlichen Gesichtspunkt wird das AG. den Sachverhalt zu erörtern haben.

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 23. April 1928, R III 48/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

10. § 367 Nr. 1 StGB. Dürfen in einem Krankenhause Teile der Leiche eines Verstorbenen beseitigt werden? †)

Nach dem Tode der Ehefrau des Antragstellers im staatlichen Krankenhause X. hat der Beschuldigte Oberarzt Dr. Y., obgleich ihm bekannt war, daß gegen die Leichenöffnung von den Angehörigen Einspruch erhoben war, aus wissenschaftlichem Interesse den Wirbelkanal der Leiche in einer Länge von etwa 40 cm eröffnen und ein Stück des Rückenmarkes in Länge von etwa 20 cm entnehmen lassen. Auf die Anzeige des Antragstellers hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt, da auf Grund des § 367 Nr. 1 StGB. nicht eingeschritten werden könne.

Der dagegen erhobene Antrag auf gerichtliche Entsch. konnte keinen Erfolg haben.

Eine menschliche Leiche, die bestattet werden soll, ist keine Sache i. S. des Strafrechts. Die Vorschriften über Sachbeschädigung finden deshalb keine Anwendung, sondern es kann nur der § 367 Nr. 1 StGB. in Frage kommen, nach welchem es strafbar ist, unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegzunehmen. Die Ermittlungen haben ergeben, daß gerade der Beschuldigte Dr. Y. es war, der den Gewahrsam an der Leiche hatte. Das Krankenhaus X. besitzt, wie auch die anderen großen staatlichen Krankenhäuser, ein Pathologisches Institut, in welches die

---

[1]) Vgl. dazu RG. v. 27. Febr. 1928 in Rspr. der DRZ. S. 142.

Zu 9. Das GeschlBekämpfG. gibt der Rspr. viele und schwere Aufgaben, besonders auf dem Gebiet der Prostitution. Sehr langsam entwickelt sich die rechtliche Anschauung; ob richtig, läßt sich noch nicht sagen. Wieweit die Entsch., von der hier nur ein Teil geboten wird, den Verhältnissen gerecht wird, kann man nicht sagen. Sie hat es mit einer Gesetzesbestimmung zu tun, deren Unzweckmäßigkeit wohl ganz allgemein anerkannt ist, die förmlich ein Schulbeispiel eines Gesetzes ist, wie es nicht sein dürfte, ja, die tatsächlich einfach undurchführbar ist. So muß die Rspr. versuchen, daraus etwas Vernünftiges herauszuholen; sie darf einfach nicht den nackten Wortlaut maßgebend sein lassen. Sie muß immer beachten, daß die neue Ziff. 6a des § 361 bestimmte Personenkreise und bestimmte Orte vor der Berührung mit der Anstoß erregenden und gefährlichen Prostitution schützen will. Was aus dem Geschlechtsleben dazu nicht gehört, kann nicht durch die Bestimmung getroffen werden. So scheint das AG. wie das OLG. zu versuchen, den Fall sachgemäß zu entscheiden und offenbar aus den Klauen der Strafbestimmung zu befreien. Das OLG. will das tun, indem es die Bestimmung des Handelns „zum Zwecke des Erwerbs" nur auf die Fälle anwenden will, bei denen die Täterin sich mehreren Männern ohne individuelle Beschränkung hingibt. Das kann ich mit Hellwig, Komm. z. GeschlBekämpfG. zu § 16 S. 329 nicht für richtig halten, da eben das Gesetz nichts von „gewerbsmäßig" sagt. Daher können auch die älteren Präjudizien nichts mehr nützen. Aber es fragt sich, ob die Frau, die sich nur einem Mann gewohnheitsmäßig und zum Zwecke des Erwerbs hingibt, „der Unzucht nachgeht" i. S. Ziff. 6a! Und das müssen wir bestreiten! Denn das ist eben nicht das gefährliche Tun, von dem die hier genannten Personen und Orte bewahrt werden müssen. Denn solches Tun an sich ist weder aufreizend, noch anstößig, noch wirtschaftlich bedenklich. Es ist etwas, das wir gar nicht verhindern können, das kein Gesetz der Welt aus den Orten unter 15000 Einwohnern verbannen kann und daher auch nicht verbannen will (da doch jedes Gesetz nur das Vernünftige will). Kurz, es ist eben nicht das, das hier getroffen werden soll. Hier ist also offenbar der Punkt, an dem anzusetzen ist. Es ist auch selbstverständlich möglich, daß eine echte Prostituierte auch einmal vorübergehend es nur mit einem bestimmten Mann zu tun hat; dann bleibt sie Prostituierte; aber solange „geht sie nicht der Unzucht nach" i. S. des Gesetzes! — Ob alles, was Prostituierte in ihrem Gewerbe tun, sonst unter das Gesetz hier fällt, ist bei dieser Gelegenheit nicht zu entscheiden; ich nehme es nicht an!

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Zu 10. Die Entsch. trifft zu. Ihre Begründung deckt sich mit dem, was ich zur gleichen Frage in der Dtsch. Medizin. Wochenschr. 1926 Nr. 26 ausgeführt habe. Sachbeschädigung und Unterschlagung kommen nicht in Frage, da die Leiche keine den Erben gehörige Sache i. S. der §§ 303, 246 StGB. ist. Wäre sie das, so würden die Bestimmungen in § 168 und § 367 Nr. 1 StGB. überflüssig sein. Diebstahl scheidet aus dem gleichen Grunde und weil er überdies Wegnahme aus fremdem Gewahrsam verlangt, aus. Daß Leichen Gegenstand des Verkehrs werden können und damit „Sachen" i. S. des StGB., z. B. durch Verkauf von seiten der Erben an Anatomien, kommt vorliegend nicht in Betracht. Eine Bestrafung aus § 367 Nr. 1 konnte, wie mit Recht angenommen wurde, nicht erfolgen, da dort — wie in § 168 — gefordert wird, daß die Wegnahme aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person erfolgt, diesen Gewahrsam aber gerade der Täter innehatte. Die Entsch. mag bei manchem das sittliche Empfinden nicht befriedigen. Wie ich schon in der DMW. a. a. O. hervorhob, wird es Sache der maßgebenden Instanzen sein, in richtiger Abwägung der sich gegenüberstehenden rein menschlichen Gefühle einerseits und der kriminellen, gesundheitspolizeilichen und wissenschaftlichen Interessen andererseits die nötigen Verwaltungs- oder Dienstvorschriften zu erlassen, wie dies in Hamburg ja z. T. schon geschehen zu sein scheint.

Oberreichsanwalt a. D. Prof. Dr. Ebermayer, Leipzig.

Leichen der in den Krankenabteilungen Verstorbenen gebracht werden. Hier werden die Leichen gewaschen und aufgebahrt. Der Leiter (Prosektor) des Pathologischen Instituts hat dieses zu verwalten und ist für die Innehaltung der Vorschriften verantwortlich. Er hat zu überwachen, daß die Leichen in ordnungsmäßigem Zustande dem zur Empfangnahme Berechtigten übergeben werden. Es liegt danach rechtlich und tatsächlich so, daß der behördliche Gewahrsam an den Leichen von dem Leiter des Pathologischen Instituts, dem Prosektor, ausgeübt wird und auch in diesem Falle ausgeübt wurde. Prosektor war und ist aber gerade der beschuldigte Dr. Y. Seine strafrechtliche Verfolgung ist daher nach den Vorschriften des Strafrechts nicht möglich. Ob eine disziplinarische Ahndung in Frage kommt, ist hier nicht zu erörtern.

Es mag übrigens bemerkt werden, daß der Senat unter dem 10. Febr. 1928 die Gesundheitsbehörde dahin angewiesen hat, daß gegen den Einspruch der Angehörigen Leichenöffnungen nur vorgenommen werden dürfen, wenn Gefahren für die Volksgesundheit (insbes. Seuchengefahr) sie notwendig erscheinen lassen.

(OLG. Hamburg, StS., Beschl. v. 5. März 1928, A ö K 4/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. **Grisebach**, Hamburg.

*

Jena.

11. § 263 StGB.; § 267 StPO. **Betrug durch Angebot angeblich zweckdienlicher Vermittlung trotz des Rechtes, vom Vermittlungsvertrage zurückzutreten. Mangelndes Bewußtsein der Schädigung infolge früherer Freisprechung.**

Das LG. verneint den Eintritt eines Vermögensschadens bei den Käufern der Schrift „Beruf und Nebenerwerb“, weil sie mit der Bestellung der Schrift für die Hingabe des Kaufpreises von 3,30 *RM* einen gleichwertigen Rückzahlungsanspruch erworben hätten. Deshalb ist aber ein Vermögensschaden nicht ausgeschlossen. Er ist dann gegeben, wenn der Zustand vor der Verpflichtung für den Betrogenen wirtschaftlich günstiger war, also Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig sind. Die Möglichkeit des Rücktritts für sich allein schließt noch keine Schädigung des Betrogenen in der Zwischenzeit oder durch Maßnahmen aus, die die Voraussetzung des Rücktritts erst schaffen sollen. Ein Schaden ist im vorl. Falle schon mit dem Verlust des Eigentums oder des Besitzes an den eingezahlten 3,30 *RM* bei den Käufern eingetreten. Wenn ihnen der Angekl. die 3,30 *RM* zurückzuzahlen verspricht, falls die Schrift nicht ihre Erwartungen erfüllt, so wird dadurch nur der bereits eingetretene Schaden wieder ausgeglichen. Denn die Besteller schließen den Kauf in der Annahme, den Zusicherungen entsprechend ein passendes Angebot zu finden. Wäre ihnen der wahre Wert der Stellenangebote bekannt, so würden sie nicht ihr Eigentum an den 3,30 *RM* gegen den immer unsichereren Rückzahlungsanspruch ohne Verzinsung des Kapitals in der Zwischenzeit eintauschen. Dieser allein ist für sie nicht gleichwertig, er ist es nur in Verbindung mit dem vorgetäuschten Werte des Angebots der anderen Seite.

Hinzu tritt, daß der Rückzahlungsanspruch an sich nicht als ein Vermögenswert angesehen werden kann, der dem Besitz des baren Geldes (der 3,30 *RM* Kaufpreis) wirtschaftlich gleichwertig ist. Denn das LG. rechnet damit, daß der Angekl. das Geld nicht zurückzahlen will und die Käufer der Schrift erst auf Zahlung klagen müssen. Die Klage aber verursacht ihnen weitere Schwierigkeiten und Kosten. Darin liegt ein weiterer Vermögensschaden für die Käufer. Der Schaden erhöht sich noch durch den Verlust an Zinsen und die Ausgaben für Porto und Verpackung der zurückzusendenden Schriften; denn diese Beträge büßen die Käufer selbst dann ein, wenn sie ihre 3,30 *RM* zurückerhalten. Dasselbe gilt auch von den Kosten der Feststellung, ob tatsächlich die Sendung des Angekl. das bietet, was er versprach. Aus den Gründen des LG. läßt sich daher das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht verneinen.

Das LG. stützt sein freisprechendes Urt. weiterhin darauf, daß dem Angekl. nicht das Bewußtsein der Schädigung nachzuweisen sei, weil ein früheres Strafverfahren gegen ihn wegen des Vertriebs der Schrift nicht zu seiner Verurteilung geführt habe. In dieser Schlußfolgerung liegt ein Verstoß gegen die Denkgesetze. Aus der Tatsache, daß ein früheres Strafverfahren gegen den Angekl. eingestellt worden ist, kann nicht schlechthin auf mangelndes Bewußtsein der Schädigung geschlossen werden; denn die Einstellung kann aus ganz anderen Gründen erfolgt sein, etwa weil der Angekl. damals nicht zurechnungsfähig war oder der angeblich Verletzte nicht getäuscht worden ist. Die Berücksichtigung der Denkgesetze fällt aber nicht lediglich in das Gebiet der dem Tatrichter vorbehaltenen freien Beweiswürdigung, sondern gehört dann zur „richtigen“ Anwendung der Rechtsnormen auf die festgestellten Tatsachen (§ 337 StPO.), wenn sich der Denkfehler auf die Feststellung eines Tatbestandsmerkmals bezieht (vgl. **Mannheimer**, Revision; RG. 61, 154).

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt das Gesetz für den gesamten Tatbestand nicht. Es spricht nur von rechtswidrigem Vermögensvorteil. Der Angekl. muß sich also beim Betrug der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils bewußt gewesen sein. Daß das LG. dies hat ausschließen wollen, ergeben die Feststellungen des Urt. nicht.

Da danach der im Urt. festgestellte Sachverhalt das Fehlen eines Vermögensschadens nicht begründen kann, auch die Annahme auf einem Rechtsverstoße beruht, dem Angekl. habe das Bewußtsein der Schädigung gefehlt, ist das freisprechende Urt. rechtsirrig und deshalb aufzuheben. In der erneuten Hauptverhandlung wird das LG. nachmals zu prüfen haben, ob die Tatbestandsmerkmale des Betrugs vorliegen, weiter aber auch, ob die Handlung des Angekl. als strafbare Ausspielung anzusehen ist.

(OLG. Jena, StS., Urt. v. 4. Mai 1928, S 73/28.)

Mitgeteilt von OLGR. **Zeunert**, Jena.

*

12. § 351 StGB. †)

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Erschwerung des Tatbestandes in den Fällen 1 u. 2a nur dann gegeben ist, wenn der Beamte, der selbst Rechnungen, Register oder Bücher zu führen hat, diese in Beziehung auf die von ihm vorgenommene Unterschlagung unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt oder aus ihnen unrichtige Abschlüsse oder Auszüge vorgelegt hat. Ebenso ist herrschende Meinung (s. **Olshausen**, Komm. z. StGB., 11. Aufl., § 351 N. 8 und das dort angegebene Schrifttum), daß der Tatbestand unter 3 nur von dem Beamten verwirklicht werden kann, der Fässer, Beutel und Pakete selbst in Verwahrung hatte. Zweifelhaft mag aber immerhin erscheinen, ob der Tatbestand unter 2b, Vorlegen unrichtiger Belege in Beziehung auf die Unterschlagung, nur von dem Beamten verwirklicht werden kann, der selbst Rechnungen, Register oder Bücher führt und die Belege dazu vorzulegen hat, oder ob den Tatbestand auch der Beamte erfüllen kann, der Belege zu den Rechnungen, Registern oder Büchern vorzulegen hat, die ein anderer führt. Man wird anzunehmen haben, daß § 351 StGB. nur den Beamten treffen will, der selbst Rechnungen, Register oder Bücher zu führen hat und dazu in Beziehung auf die Unterschlagung unrichtige Belege vorlegt.

Zwar fragt man sich, wie denn der Beamte, der Rechnungen, Register oder Bücher zu führen hat, in Beziehung auf die Unterschlagung dazu unrichtige Belege vorlegen kann, ohne auch zugleich die Bücher usw. unrichtig zu führen oder zu verfälschen, also den Tatbestand unter 1 zu verwirklichen. Das möchte darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber beim Tatbestand unter 2b an einen Beamten gedacht habe, der in Beziehung auf die von ihm begangene Unterschlagung einen unrichtigen Beleg zu den von einem anderen geführten Büchern einreicht. Aber dies Bedenken greift doch nicht durch. Einmal weist die gleichmäßige Zusammenstellung aller Tatbestände in § 351 darauf hin, daß die Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes 2b der für die Anwendung der anderen Fälle entspricht, daß also der Gesetzgeber einen Beamten im Auge hat, der selbst Bücher, Register oder Listen zu führen hat und dazu in Beziehung auf die Unterschlagung unrichtige Belege vorlegt. der ganze Aufbau der Vorschrift deutet auf diese Auslegung hin. Diese Annahme wird verstärkt, wenn man beachtet, daß die Tatbestände unter 2a u. 2b noch besonders eng zusammengefaßt sind. Sie stehen in einem Satzabschnitt beieinander, das Zeitwort „vorlegen“ in diesem Satzabschnitt bezieht sich auf beide Möglichkeiten, bei beiden ist die Voraussetzung für die Anwendung also offenbar die gleiche. Darauf weist auch die Gesetzesfassung hin: Vorlage der unrichtigen Belege „zu denselben“, d. h. zu den Rechnungen,

---

Zu 12. Die Rechtsauffassung des OLG. Jena, welche der herrschenden Meinung entspricht, welche auch RG.: GoltdArch. 53, 285 unter Berufung auf die obengenannte Entsch. des Preuß. Obertribunals v. 3. Dez. 1862 vertritt, ist nach der Wortfassung des § 351 StGB. unbedenklich beizutreten.

De lege ferenda ist allerdings kein Grund ersichtlich, weshalb derjenige Beamte weniger straffällig ist, welcher zur Verdeckung einer von ihm begangenen Unterschlagung unrichtige Belege vorlegt, sofern diese Belege sich auf Rechnungen, Register oder Bücher beziehen, die er nicht selbst führt, als derjenige, der dieselbe Straftat in Beziehung auf Rechnungen, Register oder Bücher ausführt, die er selbst aufzustellen oder zu führen hat. Sowohl vom Standpunkte der verbrecherischen Gesinnung des schuldigen Beamten wie vom Standpunkte der geschädigten öffentlichen Verwaltung aus betrachtet, läßt sich die unterschiedliche Behandlung im Gesetze kaum rechtfertigen.

Das in dem Urteile geäußerte Bedenken, man müsse sich fragen, wie denn der Beamte, der Rechnungen, Register oder Bücher zu führen hat, in Beziehung auf die Unterschlagung dazu unrichtige Belege vorlegen kann, ohne zugleich die Bücher usw. unrichtig zu führen oder zu verfälschen, also den Tatbestand unter 1 zu verwirklichen, ist nicht unter allen Umständen zutreffend. Es ist an sich doch wohl der Fall denkbar, daß ein Beamter unrichtige Belege für die von ihm zu führenden Rechnungen usw. vorlegt, ohne daß es zu einer Eintragung in diesen gekommen ist, eine Handlung, welche als Vorbereitungshandlung die Tatbestandsmerkmale des Deliktes zu 1 noch nicht erfüllen würde, nach der Gesetzesfassung als selbständiges Delikt aber der Strafbestimmung des § 351 unterliegt.

KGR. **von Bonin**, Berlin.

Registern und Büchern i. S. der Tatbestände 1 u. 2a, die aber dort doch nur von Bedeutung sind, soweit sie der Täter selbst zu führen hat. Zu beachten ist auch, daß nach dem Sprachgebrauch nur der „Belege“ vorlegen kann, der selbst Register, Bücher und Listen zu führen und ihre Richtigkeit durch Belege nachzuweisen hat. Nur für ihn ist eine Urkunde ein „Beleg“. Alles das spricht dafür, daß der Tatbestand unter 2b entsprechend den übrigen einen Beamten in Betracht zieht, der selbst Listen, Register und Bücher zu führen hat und dazu unrichtige Belege vorlegt. So hat auch die Rspr. die gesetzliche Bestimmung ausgelegt. Sie war nahezu gleichlautend schon im § 325 PrStGB. enthalten. Unter seine Geltung hat das Preuß. Obertribunal wie hier entschieden (Entsch. v. 3. Dez. 1862: GoltdArch. 11, 130 ff.). Ihm ist das Kgl.-Sächs. Ober-Appellationsgericht in Dresden bei Anwendung des § 351 PrStGB. gefolgt (s. die Urt. v. 20. April 1874 und 12. Febr. 1875, abgedr. in Stengleins Ztschr. für Gerichtpraxis 5, 173; 6, 51). An dieser Rspr. ist festzuhalten.

(OLG. Jena, 2. StS., Urt. v. 25. Mai 1928, S 82/28.)

Mitgeteilt von RA. May, Jena.

*

Naumburg.

13. §§ 185, 193 StGB. Wahrung berechtigter Interessen. Beleidigungsabsicht. †)

Der Angekl. hat an den Privatkl. folgendes Schreiben gerichtet:

„Es ist bedauerlich, daß die wegen Ihres Briefes v. 3. Juni Ihnen zugestellte Ladung zur verantwortlichen Vernehmung Ihnen keine Veranlassung gegeben hat, Ihr Verhalten zu ändern. Ihr Benehmen gerade in der letzten Zeit ist für einen gebildeten Menschen und insbes. im Hinblick auf die von einem Arzte zu wahrende Standesehre völlig unverständlich. Da ich aus in Ihrer Persönlichkeit liegenden Gründen nach wie vor nicht in der Lage bin, gegen Sie den Weg zu beschreiten, der meinen und den Ehrenanschauungen mir nahestehender Kreise bei anders gearteter Sachlage entsprochen hätte, habe ich mich veranlaßt gesehen, auch wegen Ihres weiteren Gebarens das zu tun, was Ihnen gegenüber allein sachgemäß ist. Dr. S.“

Auf die Revision ist der Angekl. freigesprochen worden.

Die Revision rügt zunächst, daß zu Unrecht in dem fraglichen Briefe eine Beleidigung des Privatkl. erblickt sei. Die StK. sagt, daß mit dem zweiten Satz des Schreibens zum Ausdruck gebracht sei, „der Privatkl. sei aus Gründen, die in seiner Person lägen, nicht geeignet, die in Kreisen des Angekl. übliche Genugtuung zu geben“, und darin liege der Vorwurf, der „Privatkl. sei wegen einer von ihm begangenen ehrenrührigen Handlung oder mindestens wegen einer in seinem Charakter begründeten sittlichen Unzuverlässigkeit unwürdig, Genugtuung mit der Waffe zu geben.“ Einen Rechtsirrtum läßt es auch nicht erkennen, wie die Revision meint, wenn die StK. ausspricht, daß der Vorwurf mindestens in den Kreisen, denen beide Parteien angehörten, als eine schwere Beleidigung empfunden werde, und sonach davon ausgeht, daß für die Frage der Beleidigung der Ehrbegriff bestimmter Stände in Betracht komme. Gegen eine derartige Berücksichtigung der Anschauungsweise verschiedener Stände sind allerdings, was die Revision geltend macht, im Schrifttum Stimmen laut geworden. Mit der bei weitem herrschenden Ansicht (s. LpzKomm., § 185 Anm. 3; Olshausen, Anm. 3; Frank, Vorbem. I zum 14. Abschn. des II. Teils) muß jedoch angenommen werden, daß in gewissen Kreisen sich besondere Ehrbegriffe entwickelt haben und daß auch vom Rechte diesen Rechnung zu tragen ist, so daß, wenn die auf dieser Anschauungsweise gegründete Ehre der jenem Kreise angehörigen Personen verletzt wird, damit eine Beleidigung i. S. der §§ 185 ff. StGB. gegeben ist.

Die Revision wendet sich sodann dagegen, daß aus der Form der Äußerung und den begleitenden Umständen hier das Vorhandensein einer Beleidigung entnommen ist.

Die Strafkammer hat hierfür einmal angeführt, daß in dem Briefe die übliche Schlußformel, „in der Regel das Wort hochachtungsvoll“, fehle. Es ist an sich Gegenstand der tatsächlichen Feststellung, ob das Vorhandensein einer Beleidigung aus Form oder Umständen zu folgern ist. Dafür kann auch im Einzelfalle, wenn eine durch die Sitte gebotene Pflicht zu einem gewissen Verhalten besteht, ein Unterlassen sprechen, z. B. ein Nichterweisen allgemein üblicher Höflichkeitsbezeugungen. Hier ergeben aber die Ausführungen des Urteils, daß das LG. bei seiner Feststellung von einer rechtsirrtümlichen Auffassung ausgegangen ist. Den Ausführungen ist zu entnehmen, daß das LG. der Ansicht ist, daß in jedem Falle die Sitte den Briefschreiber zwinge, mit einer Bezeugung der Achtung zu endigen, und daß, wenn dies nicht beachtet werde, auf das Vorhandensein einer Beleidigung zu schließen sei. In der Aufstellung eines solchen Regelsatzes und der Anwendung auf den gegebenen Fall ist ein Rechtsirrtum zu erblicken. Fehlt in einem Briefe eine solche Schlußformel, so kann in einzelnem Falle daraus eine Beleidigungsabsicht entnommen werden, dies gilt aber nicht notwendig für jeden Fall. Hier standen die Parteien mit ihren Familien sich schon seit längerer Zeit im Streit gegenüber. Er hatte auf beiden Seiten bereits sehr scharfe Formen angenommen. Schreibt dann der eine Teil an den anderen, so verlangt es die Sitte nicht, daß jene Höflichkeitsformel angewendet wird. Wird in dem Briefe selbst deutlich ausgesprochen, daß bei dem Schreiben für den Empfänger das Gegenteil von Hochachtung und Ergebenheit besteht, so würde es als Heuchelei oder Verspottung aufzufassen sein, wenn trotzdem jene Schlußwendung gebraucht würde. Man kann sie auch nicht als eine zwingende Gewohnheit — selbst für den Fall des Streites — um deswillen ansehen, weil sie nur eine nichtssagende Höflichkeitsbezeugung darstelle, Tatsächlich drücken die Worte doch immer eine gewisse Wertschätzung aus, die auch in vielen Fällen je nach der Sachlage abgestuft bemessen wird. Wird der Wert des Empfängers vom Absender gleich Null angesetzt, dann braucht im Gegensatz dazu auch nicht jene Form beachtet zu werden. In Betracht kommt hier auch, daß, was die Revision hervorhebt, im amtlichen Verkehr in den letzten Jahren die früher üblichen Ergebenheitsausdrücke abgekommen sind und daß der Angekl., der Beamter ist, hierdurch beeinflußt sein wird. Der von der StK. aus der Form des Briefes gezogene Schluß ist sonach nicht gerechtfertigt.

Von ausschlaggebender Bedeutung ist für die StK. der Umstand gewesen, daß der Angekl. den Privatkl. zugestandenermaßen — die Angriffe der Revision gegen das Zugeständnis sind unbeachtlich, es handelt sich insoweit um eine tatsächliche Feststellung —, durch den Brief außer der Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen auch hat reizen wollen, ihn selbst zu fordern. Sie entnimmt daraus, daß der Angekl. deshalb notwendigerweise beabsichtigt haben müsse, den Privatkl. zu beleidigen. Diese Schlußfolgerung und die darauf gegründete Feststellung ist wiederum von einem Rechtsirrtum beeinflußt. Das BG. verkennt den Begriff der Beleidigungsabsicht, wenn es annimmt, daß stets eine Beleidigung im Rechtssinne bezweckt sein müsse, wenn eine Partei die andere durch eine Äußerung zu einer Forderung reizen will. Die Anschauungsweise der Stände, die im Falle der Ehrenkränkung zum Zweikampf schreiten, hat ihre besonderen Ehrbegriffe, wie oben ausgeführt ist. Nach dieser kann ein Grund zu einer Forderung schon gegeben sein, wenn eine strafrechtliche Beleidigung nicht vorliegt. Das Reizen zu einer Forderung stellt deshalb nicht notwendig eine Beleidigung im Rechtssinne dar und deckt sich mit einer solchen nicht, es zwingt auch nicht für jeden Fall zur Annahme einer Beleidigungsabsicht. Wenn deshalb nach der Feststellung der StK. der Angekl. zugestanden hat, daß er durch den Brief den Privatkl. habe reizen wollen, ihm eine Forderung zum Zweikampfe zu senden, so kann aus diesem Umstande allein nicht der Schluß gezogen werden, daß der Angekl. in Beleidigungsabsicht gehandelt haben müsse.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 20. Juni 1928, 3 V 49/28.)

II. Verfahren.

Berlin.

14. Als Verletzter i. S. § 172 StPO. kommt nur der unmittelbar Beteiligte in Betracht, nicht aber der Gesamtrechtsnachfolger. †)

Eine AktG. war durch Fusion in eine andere AktG. übergegangen, gegen die erstere hatte ein Angestellter nach ihrer Ansicht Betrug und Untreue begangen. Die Staatsanwaltschaft hatte dem Antrag der aufnehmenden AktG. auf Erhebung der öffentlichen Klage auch auf Beschwerde hin keine Folge geleistet. Der hiergegen beim KG. eingelegte Antrag auf gerichtliche Entscheidung wurde als unzulässig verworfen. Das KG. führt aus, daß durch die im Wege der Fusion herbeigeführte Rechtsnachfolge die schon ihrer Natur nach höchst

---

Zu 13. Die hier vorgetragene Auffassung über die Berücksichtigung der Ehrbegriffe der verschiedenen Stände halte ich mit vielen andern für verkehrt. So wie in der Entsch. ist sie auch gar nicht in den zitierten Komm. vorgetragen. Allerdings kann sehr wohl der Satz über die „in Ihrer Persönlichkeit liegenden Gründe“ eine deutliche Mißachtung des Privatkl. ausdrücken; und der zweite Satz des Briefes ist für mich beleidigend. — Daß man heute noch viele Worte machen muß, um die Beleidigung beim Weglassen des Wortes „Hochachtungsvoll“ auszuschließen, versteht ein neuzeitlich denkender Mensch nicht. — Im ausschlaggebenden Punkt stimme ich der Entsch. zu.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Zu 14. Wenn das KG. im Falle des Erbganges dem Rechtsnachfolger die Verletzteneigenschaft abspricht, so folgt es der jetzt herrschenden Ansicht, der sich auch Loewe-Rosenberg in der neuen 17. Aufl. im Gegensatz zu den früheren angeschlossen hat (a. M. z. B. SächsArch. 7, 531; John 2, 416 und Rosenfeld, § 73 Note 4).

Ich halte es jedoch für unrichtig, hier den Fall der Erbesfolge mit dem einer Universalsukzession unter Lebenden gleichzusetzen. Durch die Fusion zweier AktG. geht die aufgehende nur formell unter, materiell besteht sie in dem Vermögen der aufnehmenden weiter. Hierdurch kann das Antragsrecht nach § 172 nicht erlöschen.

RA. Dr. S. Zander, Berlin.

persönliche Verletzteneigenschaft nicht übertragen werden könne, sowenig wie dies bei physischen Personen im Wege des Erbganges möglich wäre.

(KG., Urt. v. 14. Nov. 1927, 3 W 581/27.)

*

15. § 329 StPO. **Haben StA. und Angekl. Berufung eingelegt, so kann das BG. die Berufung des nicht erschienenen Angekl. sofort verwerfen, ohne zugleich über die Berufung der StA. zu entscheiden.**

Die Revision gegen das die Berufung des Angekl. gemäß § 329 I StPO. verwerfende Urt. ist lediglich darauf gestützt, daß es nach den Vorschriften der StPO. nicht zulässig gewesen sei, die Revision des unentschuldigt ausgebliebenen Angekl. zu verwerfen, ohne gleichzeitig über die von der StA. eingelegte Berufung zu entscheiden. Diese Rüge kann als begründet nicht erachtet werden, weil eine solche Verbindung der beiden Entsch. im Ges. nicht vorgeschrieben ist und auch nicht durch innere Notwendigkeit für alle Fälle unterschiedslos gerechtfertigt wird. Unter diesen Umständen ist mit der herrschenden Meinung [1]) anzunehmen, daß das Ges. es dem freien Ermessen des BG. überlassen hat, wie es im einzelnen Falle zu verfahren für angezeigt erachtet.

(KG., 2. StS., Urt. v. 18. Febr. 1928, 2 S 31/28.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

16. § 344 StPO. **Die Rechtshängigkeit der Sache in einem andern Verfahren hat das RevG. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Rüge zu berücksichtigen.**

Das Vorbringen des Angekl. in dem verspäteten Schriftsatze könnte nur dann zu einer Aufhebung des angef. Urt. führen, wenn ein von Amts wegen zu berücksichtigender Rechtsmangel in formeller Beziehung festzustellen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Wie die vom erk. Sen. herangezogenen Beiakten ergeben, ist zwar der Angekl. dort wegen Verleumdung des D. zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Der tatsächliche Vorgang der dortigen Beleidigung bildet auch mit dem Vorgang, der nach dem angef. Urt. den Tatbestand des Betruges erfüllt, insofern eine einheitliche Tat, als die Erklärung des Angekl., er müsse von der Provision einen Teil an D. abführen, in dem einen Falle als Beleidigung, in dem anderen als Täuschungshandlung gewertet worden ist. Danach würde, wenn der Angekl. in den Beiakten bereits rechtskräftig verurteilt wäre, der Verurteilung wegen Betrugs in der vorliegenden Sache das von Amts wegen auch noch in der RevInst. zu beachtende Prozeßhindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache (Grundsatz ne bis in idem) entgegenstehen. Nun ist aber der Angekl. in den Beiakten noch nicht rechtskräftig verurteilt, da die StA. dort Berufung eingelegt hat und das Berufungsverfahren noch schwebt. Auch der Umstand, daß die StA. dort die Berufung auf das Strafmaß beschränkt hat, begründet nicht eine unbeschränkt wirkende, von Amts wegen zu beachtende teilweise Rechtskraft in der Schuldfeststellung; denn nach der in ständiger Rechtsprechung vom erkennenden Senat vertretenen Auffassung hat die durch Beschränkung der Berufung eintretende teilweise Rechtskraft eines Urteilsausspruchs nur prozeßrechtliche Bedeutung und bewirkt keinen teilweisen Verbrauch der Strafklage, so daß demnach die Grundsätze der teilweisen Rechtskraft zu den Verfahrensnormen gehören, deren Verletzung nur auf besondere Rüge zu beachten ist. Das gleiche muß aber auch für den Grundsatz der Rechtshängigkeit gelten, dessen Verletzung hier allein in Frage kommt, da in den Beiakten die öffentliche Klage wegen Beleidigung am 2. und hier die Anklage am 18. Nov. 1927 bei Gericht eingegangen ist. Der Kommentar von Loewe-Rosenberg vertritt allerdings unter Ziff. 18 und 25 d der Vorbem. vor § 151 StPO. die Auffassung, daß die Frage der Rechtshängigkeit auch in der RevInst. von Amts wegen zu prüfen sei. Dem kann aber nicht beigetreten werden; denn die Verfolgung im strafgerichtlichen Verfahren als solche wird durch die Rechtshängigkeit nicht gehindert, sondern nur die Anhängigmachung oder Weiterverfolgung des Verfahrens vor einem bestimmten Gericht. Es handelt sich mithin bei den Grundsätzen für das Verfahren bei Rechtshängigkeit um bloße Zuständigkeitsfragen, deren Verletzung nur auf Verfahrensrüge hin berücksichtigt werden kann. Der gleichen Ansicht ist auch RGSt. 37, 56. Die bei Loewe-Rosenberg a. a. O. Ziff. 18 für die entgegengesetzte Meinung angeführten Entsch. (RGSt. 29, 178 und 41, 109) äußern sich über die Frage, ob die Rechtshängigkeit in der RevInst. von Amts wegen zu prüfen sei, überhaupt nicht. Hiernach kann die Rechtshängigkeit der vorliegenden Sache in den Beiakten von Amts wegen keine Beachtung finden.

(KG., 2. StS., Urt. v. 16. Juni 1928, 2 S 280/28.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

17. § 396 StPO. **Das Gericht hat über die Anschlußberechtigung des Nebenklägers nur auf Grund der z. Z. der Anschlußerklärung vorliegenden Tatsachen und Behauptungen zu entscheiden.** †)

Die Straftaten, auf die der Beschwerdeführer sein angebliches Recht zum Anschluß als Nebenkläger gründet — Sachbeschädigung und Beleidigung —, würden, wenn tatsächlich begangen, mit den im Eröffnungsbeschluß dem Angekl. zur Last gelegten Taten — Mord und Verabredung zum Morde — in Tateinheit begangen sein. Hiernach besteht zwar die Möglichkeit zum Anschluß. Anders, wie im Falle einer Gesetzeskonkurrenz, bei der es sich um eine gesetzl. Einheit handelt, kommt aber eine bloß rechtliche Möglichkeit einer Verurteilung wegen der behaupteten Straftaten nicht in Frage; es müssen vielmehr, wie auch sonst für die Zulassung als Nebenkl., materiell die Voraussetzungen für die Anschlußberechtigung gegeben sein. Nun ist allerdings richtig, daß für die Qualifikation des Delikts auch in diesem Falle der Inhalt der öffentl. Klage nicht allein entscheidend ist, sondern auch die Behauptungen des Nebenkl. zu berücksichtigen sind (Löwe-Rosenberg, 17. Aufl. Anm. 4 zu § 396 StPO.). Als solche kommen aber nur Tatsachenbehauptungen in Betracht, nicht etwa rechtliche Behauptungen oder abweichende Folgerungen aus dem Tatsacheninhalte der Anklage. Das Gericht hat dann auf Grund des gesamten Sachverhalts (des vom Nebenkl. nicht bestrittenen Inhalts der Anklage und der von ihm neu aufgestellten Behauptungen) zu prüfen, ob das von ihm zur Begründung seines Zulassungsantrages herangezogene, mit dem zur Anklage stehenden ideal konkurrierende Delikt in Frage kommt. Wenn die StK. dies hier verneint hat, so kann sich der Sen. dem nur anschließen. Der Umstand, daß als weitere Folge der in Tötungsabsicht auf S. abgegebenen Schüsse auch einige Sachen des Beschwerdeführers beschädigt sind, kann die Annahme einer vorsätzlichen Sachbeschädigung nicht rechtfertigen. Der Wille des Schützen war offensichtlich nur auf die Tötung des S. gerichtet. Es erscheint ausgeschlossen, daß bei der Erregung, in der sich alle Beteiligten befanden, der Angekl. daran gedacht haben könnte, daß im Zimmer befindl. Sachen durch die Schüsse beschädigt werden könnten, und sich bewußt mit diesem Erfolge innerlich einverstanden erklärt haben sollte. Irgendwelche Tatsachen, die hierfür sprächen, hat der Beschwerdeführer nicht angeführt. Die bloße Behauptung des Vorsatzes für sich allein ohne nähere tatsächliche Begründung kann aber, da es sich dabei um einen Rechtsbegriff handelt, nicht als eine zu berücksichtigende Tatsachenbehauptung angesehen werden. Unerheblich ist auch, ob der Angekl. über den Vorsatz der Sachbeschädigung vernommen ist. Der Beschwerdeführer kann nicht verlangen, daß erst durch eine Vernehmung des Angekl. solche Tatsachen ermittelt werden, auf die er ein Zulassungsrecht als Nebenkl. stützen könnte. Vielmehr können für die Frage der Zulassung nur die Tatsachen und Behauptungen entscheidend sein, die im Zeitpunkte des Antrages auf Zulassung vorliegen. Die fernere Behauptung, daß in der Verabredung zur Ermordung der Sch. zugleich eine Beleidigung für sie zu erblicken sei, vermag der Sen. ebensowenig anzuerkennen. Beleidigung ist Kundgebung der Mißachtung einer Person. Es muß also die Handlung oder Äußerung, in der die Beleidigung gesehen werden soll, als solche für sich allein oder wenigstens im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen erkennbar die Mißachtung zum Ausdruck bringen. Daran fehlt es aber hier ganz. Auf welchen Beweggründen die Verabredung zum Morde beruht, ist dafür gleichgültig. Selbst wenn angebliche sexuelle Verfehlungen und nicht etwa nur Eifersucht und Enttäuschung den Beweggrund bildeten, ist jedenfalls in der Verabredung selbst dieser Beweggrund nicht erkennbar mit zum Ausdruck gelangt. Die Verabredung enthält nur einen Angriff auf das Leben, nicht auf die Ehre.

(KG., 2. StS., Beschl. v. 11. Febr. 1928, 2 W 80/28.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Charlottenburg.

*

Breslau.

18. § 413 StPO. **Mängel der polizeilichen Strafverfügung beeinträchtigen nicht das an sich zulässig gewesene Verfahren.** †)

Die Urschrift der Straffestsetzungsverfügung des Amtsvorstehers entspricht in drei Punkten nicht den gesetzlichen Anforderungen:

1. als Tag der Tat ist der 21. Aug. 1937 angegeben;
2. es ist nur § 18 KraftfahrzVerkVO., nicht aber § 21 Kraft-

---

[1]) Vgl. JW. 1927, 2079 [36].

Zu **17.** Grundsätzlich erscheint es nicht unbedenklich, dem Gericht, das nur über die Zulässigkeit des Anschlusses als Nebenkläger zu befinden hat, für seine Entsch. über die materiellen Voraussetzungen der Anschlußberechtigung eine allzu weitgehende Prüfungsberechtigung und Prüfungsverpflichtung hinsichtlich des Vorliegens des vom Nebenkläger behaupteten, mit der Anklage konkurrierenden, und andererseits zur Verfolgung mit Privatklage geeigneten, Delikts zuzubilligen. Um so mehr, wenn es sich um den, außerhalb der Hauptverhandlung besonders schwer feststellbaren, inneren Tatbestand handelt. Im vorl. Fall liegt aber so klar zu Tage, daß weder statt noch als konkurrierendes Delikt neben der, den Gegenstand der Untersuchung bildenden, Tat eine Sachbeschädigung oder Beleidigung in Frage kommen kann, daß man sicherlich die getroffene Entsch. nur billigen kann.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu **18.** Das sorgfältig begründete Urteil stimmt im wesentlichen mit der neueren Rspr. anderer höchster Gerichte überein; vgl. auch

fahrzVerkG. v. 3. Mai 1909, der die Strafandrohung enthält, angeführt;
3. die Urschrift der Strafverfügung trägt nicht den vollen Namen des die Verfügung erlassenden Polizeibeamten.

Die Jahreszahl 1937 stellt sich als ein offenbarer Schreibfehler dar, der jedem Leser ohne weiteres ersichtlich ist. Es soll offenbar nicht 1937, sondern 1927 heißen. Darüber konnte sich auch der Angekl. nicht im Zweifel befinden.

Die volle Namensunterschrift des die Strafverfügung erlassenden Polizeibeamten gehört nicht zu den in § 413 Abs. 3 StPO. vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten. Es muß nur ersichtlich sein, von welcher Behörde sie ausgeht und von welchem Beamten sie erlassen ist, damit geprüft werden kann, ob der Erlaß derselben zur Zuständigkeit des betreffenden Beamten gehört.

Dies ist aber hier der Fall, da es nur einen Amtsvorsteher in Kl. gibt und außerdem die Verfügung mit den beiden Anfangsbuchstaben seines Namens vom Amtsvorsteher unterzeichnet ist (vgl. KG.: Ring I, 107 und III, 270 sowie OLG. Naumburg: JurR. 1926, 2190).

Die Bezeichnung des angewendeten Strafgesetzes gehört zu den im § 413 Abs. 3 StPO. aufgeführten wesentlichen Erfordernissen. Da aber zu einem Strafgesetz notwendig Tatbestand und Strafandrohung gehören, so sind, wenn sie getrennt voneinander festgestellt sind, beide Teile, bei einem Blankettgesetz demnach auch das Hauptgesetz, anzuführen. Im vorl. Falle wäre daher das Gesetz erst vollständig angegeben, wenn außer dem § 18 KraftfahrzVerkVO. auch § 21 KraftfahrzVerkG. erwähnt gewesen wäre. Der Strafverfügung des Amtsvorstehers fehlt es daher an einem wesentlichen Erfordernis.

Das KG. hatte sich in einigen Entsch. auf den Standpunkt gestellt, daß der ordnungsmäßige Erlaß der polizeilichen Strafverfügung die Grundlage des Strafverfahrens und somit eine Urteilsvoraussetzung bilde, deren Fehlen zur Einstellung des Verfahrens führen müsse (Ring I, 106; V, 143; JW. 1926, 2781 und JurR. 1926 Nr. 899). Das Fehlen einer Urteilsvoraussetzung müßte nun — ohne Revisionsrüge — von Amts wegen berücksichtigt werden (OLG. Hamm: JurR. 1926, 1462). Im Gegensatz zu diesen Entsch. sagt aber KG.: DJZ. 1922, 633: „Die polizeiliche Strafverfügung verliert, sobald richterliche Entscheidung beantragt ist, jede den Richter bindende Wirkung, so daß Mängel der Strafverfügung das an sich zulässig gewesene Verfahren nicht beeinträchtigen können. Die Wirksamkeit der polizeilichen Strafverfügung ist keine Urteilsvoraussetzung." Das OLG. Kiel stellt sich auf denselben Standpunkt: „Die Ungültigkeit der Strafverfügung ist in der RevInst. nicht von Amts wegen zu berücksichtigen" (ZStW. 47, 215). In der Entsch. v. 10. Jan. 1927, 3 S 343/26 verläßt das KG. seinen früheren Standpunkt und erklärt es nur für eine Prozeßvoraussetzung, daß eine von dem zuständigen Polizeibeamten unterschriebene Urkunde vorliegt, die eine polizeiliche Strafverfügung darstellen soll und die wegen einer darin bezeichneten Handlung eine Strafe festsetzt. Ob das Strafgesetz richtig und vollständig angeführt sei, könne nur zur Begründung einer Verfahrensrüge dienen. Auf diese konnte aber das KG. vor der Änderung des § 340 StPO. nicht eingehen. Weiterhin wäre auch noch auf die Entsch. des OLG. Dresden: LZ. 1926, 1029, in der das Fehlen der Beweismittel für ohne Bedeutung erachtet wird, und besonders auf die Entsch. RGSt. 17, 249, nach der ein Strafbescheid der Verwaltungsbehörde durch Fehlen der Beweismittel nicht ungültig ist, vielmehr, wenn nicht auf gerichtliche Entsch. angetragen wird, sogar vollstreckt werden könnte und nach welcher eine Einstellung des Verfahrens nicht zu erfolgen hat, zu verweisen.

Der Senat hat sich letzterer Entsch. angeschlossen, und zwar schon mit Rücksicht auf eine analoge gesetzliche Regelung in § 212 StPO. (vgl. Gadon: DJZ. 1906, 143).

Bei Übertretungen kann ohne schriftliche Anklage und ohne Entsch. über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur Hauptverhandlung geschritten werden; es muß nur der wesentliche Inhalt der Anklage in die Ladung aufgenommen werden, damit kein Zweifel darüber entstehen kann, welche Tat den Gegenstand der öffentlichen Klage und der Aburteilung bilden soll (Löwe, Anm. 7 zu § 212 StPO.). Ebenso muß auch eine polizeiliche Strafverfügung, die diesen Erfordernissen genügt, die Grundlage des Verfahrens bilden können.

Weiterhin ist aber die Frage zu prüfen, ob eine derart unvollständige polizeiliche Strafverfügung geeignet ist, die Verjährung zu unterbrechen. Denn die Tat ist am 21. Aug. 1927 begangen, die erste richterliche Handlung aber erst am 1. Dez. 1927 vorgenommen worden. Dabei kam die strittige Frage, ob schon der Erlaß der Strafverfügung (so das KG.: DJZ. 1917, 405 und Olshausen, 11. Aufl., Anm. 5 Abs. 2 zu § 68 StGB.) oder erst die Zustellung (so Löwe, Anm. 8 zu § 413 StPO. und Koehne: DJZ. 1908, 534) die Verjährung unterbricht, dahingestellt bleiben, da in dem vorl. Falle die beiden Erfordernisse innerhalb der Verjährungsfrist erfüllt sind. Das KG. hat in ständiger Rspr. eine der Vorschrift des § 413 Abs. 3 nicht entsprechende Strafverfügung für ungeeignet erklärt, die Verjährung zu unterbrechen (DJZ. 1904, 269; Olshausen, Anm. 5 Abs. 2 zu § 68 StGB. und KG.: DJZ. 1913, 237. Es genügt Angabe des von der Polizei angewendeten Strafgesetzes, wenn es auch falsch ist; dies ist aber auch erforderlich).

Nach § 68 StGB. unterbricht die Verjährung jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist. Eine Handlung des Staatsanwalts oder eines Polizeibeamten, welche den gleichen Zweck hat, hat nicht die gleiche Wirkung. Hiervon ist aber in § 413 Abs. 4 StPO. eine Ausnahme gemacht. Die Strafverfolgung wirkt in betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung. Da der Polizeibeamte hier richterliche Funktionen ausübt, hat seine Tätigkeit die gleiche Wirkung wie die Handlung eines Richters (Oppenhoff, Anm. 8 zu § 68 StGB.). Aus der hier fraglichen Strafverfügung geht hervor, daß sie sich gegen den BeschwF. wegen einer am 21. Aug. 1927 begangenen Übertretung richtet, die nach Art und Zeit und Tätigkeit genau darin angegeben ist. Die Handlung des Amtsvorstehers entspricht also dem § 68 StGB. Bei gegenteiliger Ansicht könnte auch einem amtsrichterlichen Strafbefehle, der entgegen der Vorschrift des § 409 StPO. die Beweismittel nicht bezeichnet, keine die Verjährung unterbrechende Wirkung zugeschrieben werden. Eine solche wird aber auch einem mangelhaften Strafbefehle zugeschrieben (vgl. BayObLG.: GoltdArch. 71, 51, wonach das Fehlen der Beweismittel unschädlich ist und der Strafbefehl die Verjährung unterbricht). Ob der Richter etwas Falsches, Unzweckmäßiges tut, ist gleich, es kommt auf seinen Willen an, gegen den Beschuldigten einzuschreiten.

(OLG. Breslau, 1. StS., Urt. v. 19. Mai 1928, 3 S 146/28.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Max Polke, Breslau.

OLG. Dresden: HöchstrR. 3, 318; OLG. Hamburg: HöchstrR. 3, 386; RGSt. 56, 40 (letzteres einen Mangel bei Strafbescheiden betr.).

Keiner Erörterung bedarf die richtige Annahme, daß ein offensichtlicher Schreibfehler einer Strafverfügung (eines Strafbescheides oder Strafbefehls) wie z. B. hier die Jahreszahl 1937 statt 1927 die Gültigkeit der Entsch. nicht berührt.

Dagegen entspricht die unvollständige Angabe des Strafgesetzes nicht den Erfordernissen des § 413 StPO. Streitig ist, ob das gesetzlich nicht hervorgehobene Erfordernis einer Unterschrift auch schon durch einen Gummistempel mit dem Namenszug oder durch Zeichnung mit einem Anfangsbuchstaben des Namens oder durch Nichtunterzeichnung sei es der Urschrift, sei es der zugestellten Ausfertigung die Gültigkeit einer Strafverfügung, eines Strafbescheides oder eines Strafbefehls vernichtet, ob die ungenügende Beweismittelbezeichnung einen Strafbefehl unwirksam macht. Diese Fragen dürften zu verneinen sein. Denn eine sog. absolute Nichtigkeit ist nicht zu vermuten (vgl. KG.: DJZ. 1927, 632; OLG. Hamburg: HöchstrR. 3, 224; GoltdArch. 71, 46; 71, 51; Feisenberger: HöchstrR. 3, 319). Das gleiche gilt von der hier in Frage stehenden mangelhaften Bezeichnung des anzuwendenden Strafgesetzes. Gleicher Meinung für den Strafbefehl auch Friedlaender: ZStW. 18, 525.

Es wäre unnatürlich, wollte man annehmen, daß die überhaupt so umstrittene absolute Nichtigkeit von Entscheidungen in übereichem Maße bei den verschiedenen Strafmandaten i. w. S. Platz zu greifen hätte. Formfehler, die ausweislich der Rspr. ziemlich häufig vorkommen, würden dann eine Tragweite erhalten, die wir bei gleichartigen Formfehlern der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses nicht kennen. Dies entspricht der rationellen Auslegung des Gesetzes.

Es bedarf daher gar nicht der Hilfskonstruktion, wie man sie z. B. bei OLG. Hamburg: HöchstrR. 3, 324; OLG. Dresden: HöchstrR. 3, 318 und im vorl. Urt. findet: daß auch ein nicht gültiger Strafbefehl, Strafbescheid, eine nicht gültige Strafverfügung ihre Bedeutung verlieren, wenn ein Antrag auf gerichtliche Entsch. vorliegt, m. a. W., daß diese Strafmandate immerhin eine taugliche Unterlage für die Überleitung des Verfahrens in ein Gerichtsverfahren bilden.

Richtig ist nur, daß es Fälle einer absoluten Nichtigkeit gibt, in denen kein Rechtsmittelverfahren zur Aufdeckung des Fehlers dient; z. B. wenn ein Nichtrichter einen Strafbefehl erließ. Aber dazu gehören die hier in Frage stehenden Fälle nicht. Sie würden, auch wenn sie absolute Nichtigkeiten darstellten, durchaus der Nachprüfung durch einen Rechtsbehelf zugänglich sein; vgl. auch Rosenfeld, Deutsches Strafprozeßrecht (1926) 2, 58; RGSt. 38, 157, das den Beschluß eines LG. für wirkungslos erklärt, der einen bestimmten anderen Beschluß zurücknimmt. Auch durch § 458 I StPO. wird eine der Rechtskraft fähige gerichtliche Entsch. über die Wirkungslosigkeit (Nichtigkeit) eines Strafmandates ermöglicht.

Nichtig ist ein Strafmandat, wenn die Belehrung über die Anfechtungsmöglichkeit fehlt, wenn die Strafe nicht festgesetzt ist, wenn jedwede Unterschrift auf der Ausfertigung und auf der Urschrift fehlt, wenn die Angabe der Tat und ihrer rechtlichen Subsumtion nicht erkennen läßt, welches konkrete Verhalten und welche Strafgesetze angenommen werden. Im wesentlichen ebenso schon Friedlaender: ZStW. 18, 525/26.

Eine nicht nichtige Strafverfügung unterbricht die Verjährung, auch wenn bei ihr ein Formfehler unterlief. Gl. M. GoltdArch. 71, 51 (a. M. Hamburg: HöchstrR. 3, 224, falls Mußvorschriften übertreten seien). Danach wird der vorl. Entsch. im Ergebnis beizutreten sein.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

19. § 172 StPO. **Der Vater eines durch Körperverletzung getöteten Schulknabens ist nicht Verletzter i. S. § 172 StPO.**

Das auf Antrag des Vaters des Getöteten gegen den schuldigen Kraftwagenführer eingeleitete Verfahren wegen Körperverletzung war eingestellt worden. Sein Antrag auf gerichtliche Entsch. ist ohne sachliche Prüfung als unzulässig zurückgewiesen worden. Dem Antragsteller fehlt die Berechtigung zum Antrage aus § 172 StPO. Der Vater des getöteten Schulknaben ist nach dem vorl. Sachverhalt nicht als „Verletzter“ i. S. dieser Gesetzesbestimmung anzusehen. Verletzter ist vielmehr nur der, dessen persönliche Rechtsgüter durch die behauptete strafbare Handlung in Mitleidenschaft gezogen sind. Eine derartige Beeinträchtigung persönlicher Rechtsgüter, insbes. des Vermögens hat der Antragsteller jedoch hier nicht dargetan. Da der Getötete Schulknabe war, ist sein Vater gegenwärtiger Unterhaltsansprüche nicht verlustig gegangen. Ebenso fehlt jeder Anhalt und jede Darlegung, daß der getötete Schulknabe in absehbarer Zeit etwa zum Unterhalt seines Vaters beigetragen haben würde.

(OLG. Breslau, Entsch. v. 10. Juni 1927, 18a W 244/27.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Rogivue, Naumburg a. S.

*

Dresden.

20. §§ 274, 303 StPO. **Spricht sich das Sitzungsprotokoll über eine etwa vom Staatsanwalt erklärte Zustimmung zu der Berufungsrücknahme des Angeklagten nicht aus, so ist der Mangel der Zustimmung auch dann anzunehmen, wenn sich die beteiligten Richter zu den Akten im gegenteiligen Sinne — und zwar nicht in der Form eines Protokollberichtigungsbeschlusses — geäußert haben. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels bedarf auch dann der Zustimmung des Gegners, wenn sie nach Vertagung der Hauptverhandlung erklärt worden ist. †)**

Das in § 303 StPO. aufgestellte Erfordernis der Zustimmung bedeutet mehr als die Unterlassung eines Widerspruchs. Da die nach § 303 StPO. erforderliche Zustimmung des StA. zu der vom Angekl. nach Beginn der Hauptverhandlung erklärten Berufungsrücknahme für deren Rechtswirksamkeit von wesentlicher Bedeutung ist, hätte sie nach § 274 StPO. in das Protokoll aufgenommen werden müssen (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO., 17. Aufl., § 274 N. 3a). Das ist nicht geschehen. Da ein Protokoll aber nicht nur positive, sondern auch negative Beweiskraft hat, so ergibt sich hieraus, daß der StA. der Berufungsrücknahme des Angekl. nicht zugestimmt hat. Die Beweiskraft des Protokolls ist — bis zu dem hier nicht in Betracht kommenden Beweis der Fälschung — eine ausschließliche. Sie kann deshalb auch nicht durch die im angefochtenen Beschlusse abgegebenen Erklärungen der beteiligten Richter beseitigt werden (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO. a. a. O. N. 3a Abs. 2).

Die nach Vertagung der Hauptverhandlung erklärte Zurücknahme der staatsanwaltschaftlichen Berufung ist mangels der nach § 303 StPO. erforderlichen Zustimmung des Angekl. ebenfalls rechtsunwirksam.

Der vom LG. vertretenen Auffassung, daß eine nach Vertagung der Hauptverhandlung erklärte Zurücknahme eines Rechtsmittels der Zustimmung des Gegners nicht bedürfe, kann nicht beigetreten werden. Löwe-Rosenberg § 303 N. 3, auf den sich das LG. berufen hat, gibt diese Rechtsansicht ohne eigene Begründung als Entsch. des OLG. Hamburg v. 29. Febr. 1916 wieder und beschränkt sich darauf, zu der von Brandt: JW. 1925, 2748 vertretenen gegenteiligen Ansicht zu bemerken, daß die von Brandt hervorgehobene Gefahr, der StA. könne die Vertagung der Hauptverhandlung herbeiführen, um die Zustimmung des Gegners zu umgehen, graue Theorie sei, ein solches Verfahren sei mit den Amtspflichten eines StA. nicht vereinbar. Durch diese Erwägung allein werden aber die von Brandt für seine Rechtsauffassung geltend gemachten überzeugenden Gründe, denen sich der beschließende Senat in vollem Umfange anschließt, nicht widerlegt.

Die bei Löwe-Rosenberg angeführte, in der LZ. 10, 709 und in der DStrRZ. 3, 185 veröffentlichte Entsch. des OLG. Hamburg beruht auf der Erwägung, daß eine nicht spätestens am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzte Hauptverhandlung nach dem Sinne des § 228 StPO. (a. F.) für das weitere Verfahren keine rechtliche Wirkung habe. Diese Ansicht ist aus den von Brandt a. a. O. ausführlich dargetanen Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, unzutreffend. Die durch den Beginn der vertagten Hauptverhandlung untergegangene Befugnis zur Zurücknahme eines Rechtsmittels ohne Zustimmung des Gegners kann durch Vertagung der Hauptverhandlung nicht wieder aufleben. Es ist überdies kein Grund ersichtlich, weshalb die hier zur Entsch. stehende Frage anders zu beurteilen wäre als die, ob ein Einspruch gegen einen Strafbefehl im Falle einer Mehrheit von Hauptverhandlungen noch nach Beginn der ersten Hauptverhandlung zurückgenommen werden kann (vgl. Löwe-Rosenberg § 411 N. 7).

(OLG. Dresden, 2. StS., Beschl. v. 15. Juni 1928, 2 OStReg 231/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

21. § 329 StPO. **Hat das LG. gemäß § 329 StPO. gegen den Angeklagten entschieden, so ist es nicht für den Wiederaufnahmeantrag des Angeklagten zuständig. Hat das LG. trotzdem über einen solchen Antrag befunden, so hat das mit der Beschwerde gegen die Antragsverwerfung befaßte Oberlandesgericht keine Veranlassung, den landgerichtlichen Beschluß wegen Unzuständigkeit aufzuheben und die Sache an das zuständige Amtsgericht zu verweisen. †)**

Die Annahme des LG., daß das BG. zur Entscheidung auf die Wiederaufnahmeanträge zuständig gewesen sei, trifft hinsichtlich des Angekl. nicht zu. Das gegen diesen ergangene Urt. des BG. beruht lediglich auf § 329 StPO., nämlich auf dem unentschuldigten Ausbleiben des Angekl. in der Berufungsverhandlung, nicht aber auf einer zweitinstanzlichen nochmaligen Verhandlung und Entscheidung über die Schuldfrage. Insoweit war, wie in Anlehnung an Loewe-Rosenberg, StPO., 17. Aufl., Anm. 2b zu § 367 anzunehmen ist, das Amtsgericht zur Entscheidung auf den Wiederaufnahmeantrag zuständig. Im Hinblick darauf entstand auch die Frage, ob etwa die Entsch. des LG. wegen dessen Unzuständigkeit aufzuheben und die Sache zur Entscheidung an das AG. zu verweisen sei. Das BeschwG. hat jedoch hiervon abgesehen, weil hier ein die Kenntnis der Schuldfrage nicht voraussetzender Fall offenbarer formeller Unzulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags vorlag, der Angekl. durch das

---

Zu 20. Die Ausführungen in der Urteilsbegründung dürften nach keiner Richtung auf Bedenken stoßen. Zutreffend erscheint zunächst die Annahme, daß im § 303 StPO. mehr als die bloße Unterlassung eines Widerspruchs verlangt wird. Wird aber ausdrückliche Zustimmung gefordert, so muß das Protokoll nachweisen, daß diese erfolgt ist. Enthält das Protokoll hierüber nichts, so ist, solange nicht eine Berichtigung des Protokolls erfolgt ist, bewiesen, daß eine Zustimmung nicht erklärt wurde. Eine entgegenstehende, nicht in der Form der Protokollsberichtigung abgegebene Erklärung der Richter vermag hieran nichts zu ändern.

Auch insofern ist dem Urteil beizutreten, als es annimmt, daß nach Vertagung einer Hauptverhandlung, also nachdem diese schon einmal begonnen hatte, das Rechtsmittel nur mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden kann. Die in § 303 StPO. getroffene Bestimmung sollte zwar zunächst den Angekl. gegen eine ihm nachteilige einseitige Zurücknahme des Rechtsmittels durch den StA. schützen, sie gilt aber ebenso für die Zurücknahme des Rechtsmittels durch den Angekl. Hatte die Hauptverhandlung einmal begonnen, so ist eine Zurücknahme des Rechtsmittels nur noch mit Zustimmung des Gegners möglich. Diese Bestimmung kann nicht durch eine beliebige Vertagung der Hauptverhandlung illusorisch gemacht werden.

RA. Dr. Erich Ebermayer, Leipzig.

Zu 21. Der Antrag auf Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urt. geschlossenen Verfahrens geht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (vgl. §§ 370, 373 StPO.) auf Erneuerung der Hauptverhandlung. Wenn mehrere Instanzen mit der Sache befaßt waren, fragt es sich, welche Hauptverhandlung erneuert werden soll. Hier gibt § 367 einen Anhaltspunkt, indem er bestimmt, daß für die Zulassung des Antrags auf Wiederaufnahme — und entsprechend im weiteren Verfahren (§ 370 StPO. und Loewe-Rosenberg Anm. 2 daselbst) — im allgemeinen das Gericht zuständig ist, dessen Urt. mit dem Antrag angefochten wird; daß aber, wenn es sich um ein in der RevInst. erlassenes Urt. handelt, das Gericht entscheidet, gegen dessen Urt. die Rev. eingelegt war, mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen strafbare Amtspflichtverletzung eines Richters der RevInst. selbst gerügt wird. Mit Recht hat man aus dieser Bestimmung den allgemeinen Schluß gezogen, daß es prinzipiell die Absicht des Gesetzgebers ist, die letzte Tatverhandlung zu erneuern, da der Wiederaufnahmeantrag nicht, gleich der Rev., unrichtige Rechtsanwendung rügt, sondern die tatsächlichen, dem Urt. zugrunde liegenden Feststellungen umstoßen will. Ist hiernach, wenn eine Berufungsverhandlung stattgefunden hat, im allgemeinen das Gericht der BerInst. zuständig, da diese in der Regel eine neue Tatverhandlung über den gesamten Prozeßstoff bringt, so kann dies doch nicht gelten, wenn der BR. nicht über die Schuldfrage entschieden, sondern — gleich dem RevG. — ohne Nachprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ein reines Prozeßurteil erlassen hat, wie z. B. bei Verwerfung der Berufung als unzulässig (§ 322 StPO.). Eine Einschränkung ist hier nur insofern geboten, als auch in diesen Fällen das BG. zu entscheiden hat, wenn der Wiederaufnahmeantrag sich gegen das Verfahren der BerInst. richtet und das Vorliegen eines innerhalb des Berufungsverfahrens liegenden Wiederaufnahmegrundes behauptet (so Loewe-Rosenberg Anm. 2b zu § 367; die Richtigkeit dieses Gedankenganges ergibt sich auch aus den Motiven S. 219).

Auch in den Fällen, in denen der Angekl. gem. § 329 StPO. wegen unentschuldigten Ausbleibens in der Berufungsverhandlung

Eintreten des LG. für das AG. in keiner Weise, insbes. auch nicht hinsichtlich der Anfechtungsmöglichkeit, beschwert wurde und die bezeichnete Aufhebung und Verweisung nach alledem nur eine unnütze Weiterung bedeutet haben würde (vgl. § 269 StPO.).

(OLG. Dresden, 2. StS., Beschl. v. 20. April 1928, 2 OStReg 138/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

22. § 412 StPO. **War im ersten Rechtsgang gegen den ausgebliebenen Angeklagten gemäß § 412 StPO. verfahren worden, so hat sich auf die Berufung des Angeklagten hin, auch wenn dieser erscheint, das Berufungsgericht nur mit der Nachprüfung des ersten Urteils aus dem Gesichtspunkt des § 412 StPO. zu befassen, kann aber nicht zur Sache verhandeln.** †)

Nach § 412 StPO. wird durch das unentschuldigte Ausbleiben des Angekl. der von ihm erhobene Einspruch in gleicher Weise erledigt wie durch eine Zurücknahme des Einspruchs. Das Ausbleiben hat daher nicht etwa die Folge, daß die in dem Strafbefehl angeführten Tatsachen für zugestanden erachtet werden, sondern nur die, daß der Einspruch ohne Beweisaufnahme verworfen wird, daß also eine Verhandlung zur Sache selbst nicht stattfindet. Infolgedessen kann auch die gegen das — den Einspruch verwerfende — Urteil gem. § 312 StPO. eingelegte Berufung nur auf die Behauptung gestützt werden, daß der Einspruch zu Unrecht verworfen worden sei. Erweist sich diese Behauptung als unbegründet, so ist auch im Berufungsverfahren ein Verhandeln zur Sache selbst ausgeschlossen (vgl. Loewe-Rosenberg, Komm. zur StPO., Anm. 1 und 3 zu § 412).

Die von dem BeschwF. vertretene gegenteilige Ansicht findet im Gesetz keine Stütze; insbes. nicht in § 318 StPO. Denn im Falle des § 412 ist eine Beschränkung der Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte bei der Natur des angefochtenen Urteils als eines reinen sog. Kontumazurteils schlechthin ausgeschlossen; vielmehr hat in einem solchen Falle stets der ganze Inhalt des lediglich die Verwerfung des Einspruchs wegen unentschuldigten Ausbleibens aussprechenden Urteils als angefochten zu gelten. Im übrigen wäre auch, wollte man der von dem BeschwF. vertretenen Rechtsauffassung folgen, nicht abzusehen, was den Gesetzgeber bewogen haben könnte, im ersten Rechtsgang die Verhandlung zur Sache auszuschließen, im zweiten Rechtsgang aber sie zuzulassen. Insbes. kann nicht etwa angenommen werden, es sei der Wille des Gesetzgebers gewesen, den Angekl. wegen seines Ausbleibens in der Hauptverhandlung vor dem AG. gerade nur mit dem Verluste des ersten Rechtsganges zu bestrafen, weil ein dahingehender Wille des Gesetzgebers geradezu unverständlich wäre (vgl. Loewe-Rosenberg, Anm. 3 zu § 412).

(OLG. Dresden, 1. StS., Urt. v. 23. Mai 1928, 1 OSt 57/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Düsseldorf.

23. § 380 StPO. **Der Mangel des Sühneversuchs wird durch den Eröffnungsbeschluß geheilt.** †)

Die Ordnungsmäßigkeit des durch § 380 Abs. 1 StPO. vorgeschriebenen Sühneversuchs ist zwar von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens nachzuprüfen. Der Sühneversuch stellt aber nach Ansicht des RevG. eine sog. Klagevoraussetzung dar, deren etwaiger Mangel durch den Eröffnungsbeschluß geheilt wird (vgl. Löwe-Rosenberg, 17. Aufl., S. 364 Anm. 22 und S. 838 Anm. 3, ebenso im Ergebnis Feisenberger, Anm. 2 zu § 380 StPO.; ferner JurR. 1 Nr. 185; Dalke, Anm. 6 zu § 380 StPO.). Der Senat geht von der Erwägung aus, daß die Grundlage des Privatklageverfahrens nicht die Klageschrift, sondern der Eröffnungsbeschluß bilde. Verstöße, die dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses vorausgehen, insbes. auch solche, die sich auf die Klageschrift und ihre formellen Voraussetzungen beziehen, sind für das Verfahren nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses nicht mehr beachtlich.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 6. Juni 1928, V 33/28.)

*

---

kontumaziert, d. h. seine Berufung verworfen wird, liegt keine Sachentscheidung des BG. vor. Eine Erneuerung der Haupt-, d. h. Tatverhandlung ist also nur vor dem Gericht erster Instanz möglich. Die entgegengesetzte Entsch. würde dem Angekl. ungerechtfertigterweise eine Instanz nehmen, andererseits hat auch in diesem Falle nicht, was der Gesetzgeber grundsätzlich vermieden wissen wollte (vgl. Motive a. a. O.), eine untere Instanz an einem Urt. der übergeordneten Kritik zu üben, da der Wiederaufnahmeantrag sich nur gegen die — vom Gericht erster Instanz getroffenen — tatsächlichen Feststellungen richtet.

Im vorl. Falle war der Wiederaufnahmeantrag fälschlicherweise an das Gericht der BerInst. gerichtet und dort, ohne daß das Gericht seine Unzuständigkeit beachtet hätte, mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen als unzulässig verworfen worden. Für das auf Grund sofortiger Beschwerde (§ 372 StPO.) mit der Sache befaßte OLG. lag es nahe, die Sache zuständigkeitshalber an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. Trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nimmt die Praxis ein Recht zur Zurückverweisung auch im Beschwerdeverfahren an (vgl. Loewe-Rosenberg, § 309 Anm. 4; Feisenberger, Anm. 2). Mit Recht sah sich aber das BeschwG. an der Zurückverweisung gehindert durch die Bestimmung des § 269 StPO., der dem mit der Sache befaßten Gericht eine Unzuständigkeitserklärung mit der Begründung, die Sache gehöre vor ein Gericht niederer Ordnung, verbietet. Denn unbedenklich wird diese Bestimmung auch für ein übergeordnetes Gericht Anwendung zu finden haben und daher ein OLG. z. B. hindern, eine Sache wegen Unzuständigkeit des LG. an das SchöffG. zu verweisen. Selbst wenn man aber entgegen dieser Ansicht die Zurückverweisungsbefugnis des übergeordneten Gerichts an ein Gericht niederer Ordnung als dasjenige, dessen Erkenntnis angegriffen war, bejaht, so hat das OLG. doch vorliegend mit Recht in der Sache selbst entschieden, da eine Zurückverweisung bei der offensichtlichen Unzulässigkeit des gestellten Antrags bloßer Formalismus gewesen wäre, daher „die in der Sache erforderliche Entsch.“ i. S. des § 309 StPO. vernünftigerweise nur die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde sein konnte.

RA. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

Zu 22. 1. Im Verfahren des amtsrichterlichen Strafbefehls wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen, wenn der Angekl. unentschuldigt ausbleibt und auch ein Verteidiger für ihn nicht erscheint (§ 412 StPO.).

2. Im Verfahren auf vorangegangenen polizeilichen Strafbefehl kann der Antrag auf gerichtliche Entsch. bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgenommen werden (§ 416 StPO.). Das Ausbleiben steht der Zurücknahme nicht gleich. Ist rechtzeitig Einspruch erhoben, so hat der polizeiliche Strafbefehl nicht Kraft und Wirkung des ausdrücklichen Strafbefehls. Es ist zu verhandeln, wenn nicht ausdrückliche Rücknahme erfolgt, die nur zeitlich begrenzt möglich ist.

Beim Ausbleiben des Angekl. entsteht nur die Folge des § 232.

3. Im Berufungstermin kann der, welcher das Rechtsmittel eingelegt hat, dasselbe jederzeit zurücknehmen, jedoch nach Beginn der Verhandlung nur mit Zustimmung des Gegners (§ 303).

Wenn der Angekl., welcher Berufung eingelegt, bei Beginn der Hauptverhandlung unentschuldigt ausbleibt, so ist die Berufung durch Urteil zu verwerfen, ohne zu prüfen, ob Strafbescheid und Strafbefehl aus irgendwelchen etwa rein rechtlichen Gründen nicht aufrechterhalten werden können. Das Gericht hat bis zum Beginn der Hauptverhandlung nur die formelle Frage zu prüfen und aus § 329 die Berufung zurückzuweisen. Dies führt dazu, daß entgegen der Vorschrift materieller Erforschung der Wahrheit ein Strafbescheid oder Strafbefehl bestätigt wird, den das Gericht für unhaltbar hält.

4. Wenn nun aber der, welcher die Berufung eingelegt hat, im Berufungstermin bei Beginn der Verhandlung erscheint, so könnte die Frage entstehen, ob dann nicht zur Sache zu verhandeln sei. Auch dies wird in der obigen Entsch. abgelehnt, weil der Berufende bereits im ersten Rechtsgang durch Nichterscheinen mit dem Anspruch auf materielle Prüfung ausgeschlossen war. Auch diese Entsch. ist zutreffend, weil die Folge des Nichterscheinens der ersten Instanz nur durch Wiedereinsetzung, aber nicht durch Berufung beseitigt werden kann. Die Entsch. steht in Übereinstimmung mit Sächs. Annalen 23, 6; 21, 3; 32, 199. Das BG. darf deshalb so wenig wie das erste Gericht prüfen (vgl. RGSt. 52, 149), ob die Entscheidung materiell begründet war.

Eine Änderung dieser gesetzlichen Lage ist von der künftigen Strafprozeßgesetzgebung zu fordern, weil es auf materielle Richtigkeit überall ankommt. JR. Dr. Werthauer, Berlin.

Zu 23. Das OLG. Düsseldorf hat sich mit dieser Entsch. der herrschenden, nunmehr auch von Löwe-Rosenberg vertretenen Rechtsansicht angeschlossen, wonach der Sühneversuch weder eine Prozeßvoraussetzung noch eine Urteilsvoraussetzung, sondern eine Klagevoraussetzung ist und nach Eröffnung des Hauptverfahrens der Mangel des Sühneversuchs gegenstandslos ist.

In den früheren Auflagen des Löweschen Kommentars war das Gericht noch für befugt erklärt worden, in jeder Lage, auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens, noch nachzuprüfen, ob der erforderliche Sühneversuch stattgefunden habe. Es ist daher wichtig, auf die geänderte Beurteilung dieser Rechtsfrage hinzuweisen.

In der Tat hat die Nachholung des Sühneversuchs, der einer leichtfertigen und übereilten Erhebung von Privatklagen vorbeugen soll, keinen rechten Sinn mehr, wenn schon das Hauptverfahren unter Nichtbeachtung des mangelnden Sühneversuchs eröffnet ist.

LGPräs. Dr. Kleinschmidt, Elberfeld.

Hamburg.

24. § 222 Abs. 2 StPO. **Nichtmitteilung der Ladung neuer Zeugen an den Angeklagten kann Revisionsgrund sein.** †)

Der Angekl. ist vom AG. zu sechs Wochen Gefängnis verurteilt worden. Gegen dieses Urt. haben der Angekl. und die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt. Termin vor dem LG. ist am 29. Nov. 1927 auf den 5. Jan. 1928 angesetzt worden. Zunächst ist nur die Ladung des Angekl. verfügt. Dann hat der Vorsitzende am 19. Dez. 1927 die Ladung von Zeugen angeordnet. Die Zeugen sind von der Staatsanwaltschaft geladen worden. Die Ladung zum Hauptverhandlungstermin ist dem Angekl. am 15. Dez. 1927 zugestellt. In dieser Ladung ist dem Angekl. lediglich mitgeteilt, daß sein persönliches Erscheinen angeordnet sei und die Berufung sofort verworfen würde, wenn er ohne genügende Entschuldigung ausbleibe. Entweder werde über die Berufung der Staatsanwaltschaft verhandelt oder Verhaftung oder Vorführung angeordnet werden. Daß Zeugen zu der Hauptverhandlung geladen seien, ist dem Angekl. nicht mitgeteilt. In der Hauptverhandlung vor dem LG. ist der Angekl. trotz ordnungsmäßiger Ladung nicht erschienen. Das Gericht hat über die Berufung der Staatsanwaltschaft verhandelt. Durch Urt. ist die Berufung des Angekl. zurückgewiesen und auf die Berufung der Staatsanwaltschaft das angefochtene Urt. dahin abgeändert, daß der Angekl. zu drei Monaten Gefängnis verurteilt worden ist. Gegen dieses Urt. hat der Angekl. wegen Verletzung des § 222 Abs. 2 StPO. Rev. eingelegt. Die Rev. ist begründet. Der § 222 Abs. 2 StPO. schreibt vor, daß dem Angekl. mitgeteilt werden soll, wenn auf Anordnung des Vorsitzenden Zeugen zur Hauptverhandlung geladen werden. Dies ist nicht geschehen. Wenn der Angekl. geltend macht, daß er, wenn er gewußt hätte, daß noch Zeugen geladen würden, weitere Zeugen benannt haben und in der Hauptverhandlung erschienen sein würde, so kann diesem Einwand die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die Möglichkeit, daß der Angekl. durch die unterbliebene Mitteilung über die Zeugenladung in seiner Verteidigung in unzulässiger Weise beschränkt sein könnte, besteht, da die geladenen Zeugen in der Hauptverhandlung vernommen worden sind.

Das Urt. des LG. war deshalb aufzuheben.

(OLG. Hamburg, StS., Urt. v. 12. März 1928, R II 48/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. **Grisebach**, Hamburg.

*

25. § 391 Abs. 2 StPO. **Das Ausbleiben des Privatklägers in einem nur zur Urteilsverkündung angesetzten Termin ist nicht ohne weiteres als Zurücknahme der Privatklage anzusehen.** †)

Von dem Privatkläger, der nach erhobener Klage in der Hauptverhandlung weder erscheint noch auch sich vertreten läßt, kann mit Recht vermutet werden, daß er auf die Durchführung des Verfahrens keinen Wert legt, sondern auf sie verzichtet. Das gleiche kann aber nicht auch von dem Privatkläger gelten, der nur in dem ausschließlich zur Verkündung der Entsch. anberaumten Termin ausbleibt; er kann mit Recht von der Auffassung ausgehen, daß nach der Durchführung der Beweisaufnahme und, nachdem die Parteien ihr letztes Wort gesprochen, nunmehr der Richter und nur er, zu sprechen und sein Urt. abzugeben habe; mit der Notwendigkeit erneuter Prozeßerklärungen wird er in der Regel nicht rechnen können. Sein Ausbleiben im Verkündungstermin kann daher nicht ohne weiteres als Verzicht auf die endgültige Durchführung des Verfahrens anzusehen sein. Die Vorschrift des Gesetzes hat aber eine wesentlich praktische Bedeutung. Sie will den ungestörten Fortgang, den pünktlichen Betrieb des Verfahrens sicherstellen (Mot. 233) und Weiterungen ausschließen, die damit verbunden sind, daß der Privatkläger, von dem sachliche Erklärungen gefordert werden, weder erscheint noch vertreten ist. Das Ausbleiben des Privatklägers in einem ausschließlich zur Urteilsverkündung anberaumten Termin wird dagegen in der Regel nicht zu solcher Verzögerung führen können. Wenngleich noch in diesem Stadium des Verfahrens die Stellung von Beweisanträgen nicht ausgeschlossen ist, wird ein Fall dieser Art die Ausnahme bilden, mit welcher durchweg nicht gerechnet werden kann. Im vorl. Falle war überdies am Tage des Verkündungstermins die Frist des § 229 StPO. bereits abgelaufen, so daß eine etwaige Veränderung in der Prozeßlage nur die vollständige Erneuerung der Hauptverhandlung zur Folge haben konnte, die wiederum im allgemeinen die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins und damit auch die erneute Ladung der Parteien zu bedingen pflegt. Die Wirkungen, die hiernach das Ausbleiben des Privatklägers in dem lediglich zur Urteilsverkündung anberaumten Termine haben kann, würden den Gesetzgeber nicht zur Schaffung der Vorschrift des § 391 Abs. 2 StPO. bestimmt haben. Wenn sich endlich Rechte und Pflichten des Privatklägers im weiteren Verfahren im allgemeinen nach denjenigen der StA. im Offizialverfahren bestimmen (§§ 385

Zu 24. Die Entsch. ist zutreffend. Sie wäre noch mehr zu begrüßen, wenn sie sich mit der ihr entgegenstehenden herrsch. Meinung auseinandergesetzt hätte. Bei Löwe-Rosenberg, 6 zu § 222 heißt es unter Berufung auf zwei alte veröffentlichte und drei neue anscheinend ungedruckte RGEntsch.: „Die Revision kann auf Verletzung des § 222 nicht gestützt werden, weil mit Rücksicht auf § 246 das Urteil auf der Verletzung nicht beruhen kann.“ In der von Löwe-Rosenberg zitierten Entsch. (JW. 1891, 292[5]) wird in der Tat ausgeführt, § 222 gewähre kein unverzichtbares Parteirecht, seine Verletzung sei daher kein absoluter Revisionsgrund; aber auch ein relativer Revisionsgrund liege nicht vor, weil auf einem Verstoße gegen verzichtbare Normen das Urteil nicht beruhen könne. Noch weiter geht RG.: JW. 1891, 505[10]: Hier hatte der Verteidiger der Vernehmung des Zeugen widersprochen, das Gericht hatte den Zeugen trotzdem vernommen; das RG. erklärt, es handle sich nach § 246 IV um eine nicht nachprüfbare Ermessensentscheidung.

Zweifellos liegt im obigen Falle ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 8 nicht vor, da es sich nicht um einen in der Hauptverhandlung ergangenen Beschl. (vgl. Löwe-Rosenberg, 18b zu § 338) handelt. Ebenso unzweifelhaft aber scheint es mir, daß mit dem obigen Urteil — entgegen dem RG. und Löwe-Rosenberg — ein relativer Revisionsgrund als vorliegend anzusehen ist. § 222 ist nach seinem Wortlaut („hat“) keine bloße Sollvorschrift, so daß die herrsch. Lehre mit dem Dogma von der Irrevisibilität der Sollvorschriften hier jedenfalls nicht arbeiten kann. Daher wird § 246 zu Hilfe genommen. Aber diese Vorschrift beweist nichts. Löwe-Rosenberg wollen nach ihrem oben zitierten Ausspruch anscheinend die Revision auch dann nicht zulassen, wenn der Angekl. in der Hauptverhandlung vergeblich Aussetzung beantragt hatte. Sie dürfen sich daher keinesfalls darauf berufen, daß das Gesetz den Prozeßbeteiligten bei einer Verletzung des § 222 den Weg aus § 246 eröffnet habe, und daß die Einräumung der Revisionsmöglichkeit daher überflüssig sei. Denn die Parteien haben oft die Befugnis, bestimmte Maßnahmen zu beantragen, ohne daß man aus dieser Befugnis auf die Unzulässigkeit der Revision schließen darf. Man argumentiert ja z. B. auch nicht folgendermaßen: Die Parteien haben das Recht, in der Hauptverhandlung Beweisanträge zu stellen; über diese hat das Gericht mit besonderer Sorgfalt zu entscheiden — daher ist die Revision gegen die Ablehnung eines Beweisantrages unzulässig! § 246 kann also nicht gegen die Zulassung der Revision verwertet werden. Wohl aber kann aus ihm eine Einschränkung hergeleitet werden: Der allgemeine Grundsatz, daß der Angekl. die Revision auf ihm bekannte Prozeßverstöße dann nicht stützen kann, wenn er sie in der Hauptverhandlung nicht gerügt hat (Löwe-Rosenberg, 7c zu § 337) verdient hier besondere Beachtung. Freilich kann hierbei nicht die bloße Kenntnis der Tatsachen dem Angekl. schaden; vielmehr muß er auch wissen, daß er unter Umständen aus diesen Tatsachen Rechte herleiten kann. Im obigen Falle aber ist diese Einschränkung unerheblich, weil der Angekl. von der Ladung der neuen Zeugen ja nicht etwa nur verspätet, sondern überhaupt nicht Kenntnis erhalten hat. Hier besteht auch bei strengster Auslegung des Erfordernisses des „Beruhens“ — wie das OLG. Hamburg zutreffend ausführt — stets die Möglichkeit des Kausalzusammenhanges zwischen Prozeßverstoß und Urteil.

LGR. PrivDoz. Dr. **Mannheim**, Berlin.

Zu 25. Die Streitfrage, ob das Ausbleiben des Privatklägers in dem zur Urteilsverkündung angesetzten Termin als fingierte Zurücknahme der Privatklage anzusehen sei, ist ein typisches Beispiel dafür, wie die wörtliche Anwendung prozessualer Normen, ohne Rücksicht auf ihren Sinngehalt und Zweck, verhängnisvoll werden kann. Die Motive geben die denkbar klarste Auskunft über die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Bestimmung des heutigen § 391 II StPO.: man wollte „den pünktlichen Betrieb des Verfahrens durch den Privatkläger und dessen Anwalt sichern“ (Mot. S. 233). Daß diesem Zweck nicht mehr gedient werden kann durch die Anwesenheit des Privatklägers in einem lediglich zur Verkündung des Urteils angesetzten Termin, sollte keiner weiteren Begründung bedürfen, ebenso, daß diesem Ergebnis auch die Vorschrift des § 226 i. Verb. m. § 384 StPO. nicht entgegensteht, weil die Anordnung der ständigen Anwesenheit der Staatsanwaltschaft auf deren öffentlicher Stellung im Verfahren beruht, die dem Privatkläger — wie gleichfalls unzweifelhaft aus den Mot. (S. 222) hervorgeht — nicht eingeräumt ist. Diese auch von dem vorliegenden Urteil übernommene Ansicht scheint erfreulicherweise nach und nach die herrschende zu werden. Zu verzeichnen sind zeitlich nach der grundlegenden Entsch. des BayObLG.: JW. 1926, 2206, die die Streitfrage im Sinne des obigen Urteils erneut zur Debatte gestellt hat, drei zustimmende Urteile: OLG. Hamburg: DRZ., Rspr. 1927 Nr. 1104; OLG. Jena: HöchstRR. 1927, 222; OLG. Darmstadt: HöchstRR. 1928 Nr. 290 = JW. 1927, 3061. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt — wenn man von dem Urteil des OLG. Königsberg: JW. 1926, 2235 = HöchstRR. 1926, 127 absieht, dem die Entsch. des BayObLG. noch nicht bekannt gewesen sein kann — nur ein Erkenntnis des OLG. Stuttgart: JW. 1927, 2647, das sich leider mit den gewichtigen Argumenten, die einer rein den Gesetzeswortlaut berücksichtigenden Entsch. entgegenstehen,

Abs. 1 Satz 1, 390 Abs. 1 StPO.), so gilt dies nur insoweit, als sie nicht lediglich ein Ausfluß der Amtsgewalt der StA. sind (Mot. 222). Mit dem StA. hat der Privatkläger nur die Parteirichtung, nicht auch die amtliche Stellung gemeinsam. Die Vorschrift des § 226 StPO., nach welcher die StA. auch bei der Urteilsverkündung anwesend sein muß, beruht lediglich auf dieser Amtsstellung und findet daher auf den Privatkläger keine Anwendung (so auch BayObLG.: JW. 1926, 2206 und HöchstRR. 1926, 315; OLG. Darmstadt: JW. 1927, 3061; OLG. Hamm: DRZRspr. 1927, 384 Nr. 1104; OLG. Jena: HöchstRR. 1927, 222; Loewe, 12. Aufl., Note 1 zu § 425, Note 6 zu § 431, Note 3 zu § 427. Dagegen a. M.: OLG. Stuttgart: JW. 1927, 2647; OLG. Karlsruhe: JW. 1925, 1035; OLG. Königsberg: JW. 1926, 2235; OLG. Rostock: HöchstRR. 1925, 339; Loewe, 16. Aufl., Note 3 zu § 387).

(OLG. Hamburg, StS., Beschl. v. 12. Jan. 1928, Bs St 8/28.)

Mitgeteilt von Richter Dr. Hermann M. Popert, Hamburg.

*

Jena.

26. Das Verfahren nach § 371 Abs. 2 StPO. ist außergewöhnlich im ganzen sonstigen Verfahrensrechte. Deshalb ist von dieser Befugnis nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen, wenn die Beweislage zweifellos zur völligen Freisprechung führen muß. Nur dann ist die abermalige mündliche Verhandlung überflüssig (Löwe, § 371 StPO. Anm. 3). †)

Die Strafkammer beurteilt aber diese Strafsache nicht so, sondern hält für nötig, daß die Hauptverhandlung erneuert werde. Der Sen. hält dieses Vorgehen für zweckmäßig. Selbst wenn man die neuen Beweisverhandlungen im Erbunwürdigkeitsstreit zugrunde legt und damit manche gegen den Angekl. sprechenden Tatsachen für entkräftet hält, ergibt sich daraus noch nicht zwingend, daß er unschuldig ist. Die Beweislage ist also nicht so zweifellos, daß nach § 371 Abs. 2 StPO. verfahren werden muß.

(OLG. Jena, 1. StS., Beschl. v. 17. März 1928, 4 W 42/28.)

Mitgeteilt von RA. May, Jena.

*

Königsberg.

27. §§ 325, 338 Ziff. 8 StPO. sind auch auf vom Privatkläger gestellte Anträge auf Ladung von Zeugen anwendbar. †)

Eine Verletzung der §§ 325, 384 StPO. stellt der Beschluß dar, der die Verlesung der erstinstanzlichen Zeugenaussagen ohne Zustimmung des Privatklägers anordnet, obwohl dieser die Ladung der Zeugen rechtzeitig vor dem Hauptverhandlungstermin beantragt hatte. § 325 verbietet zwar die Verlesung nur für den Fall, daß der Angekl. die Ladung beantragt hatte; diese Bestimmung muß aber auf Grund des § 384 Abs. 1 StPO. auch entsprechende Anwendung auf den Privatkläger finden. Dem Privatkläger fallen in dem Verfahren diejenigen Rechte und Pflichten zu, die bei Verfolgung öffentlicher Klagen dem Staatsanwalt zufallen, soweit diese nicht lediglich ein Ausfluß der Amtsgewalt des Staatsanwalts sind. In welchen Beziehungen die Stellung des Privatklägers der des Staatsanwalts gleich ist, hebt die StPO. in einzelnen Bestimmungen, z. B. §§ 385, 390, hervor. Beim Fehlen einer solchen Bestimmung oder im Falle der von dem Verfahren auf öffentliche Klage abweichenden Regelung des Verfahrens in Privatklagesachen steht nichts im Wege, die für den Angekl. im öffentlichen Verfahren gegebenen Bestimmungen heranzuziehen. Dies gilt insbes. für die Art der Herbeischaffung der Beweismittel, die nicht entsprechend der Bestimmung des § 214 dem Privatkläger übertragen ist, sondern nach § 386 dem Vorsitzenden des Gerichts obliegt, der seine Entschließung auf Grund der Privatklage und der Gegenerklärung des Angekl. trifft. Es besteht deshalb auch kein Streit darüber, daß § 219, der das Verlangen des Angekl. nach Ladung von Zeugen regelt, auch für den Privatkläger gilt. (Loewe, Anm. 1; Feisenberger, Anm. 2 zu § 386 StPO.). Dasselbe ist für den § 325 um so mehr anzunehmen, als der Staatsanwalt Anträge auf Ladung von Zeugen gar nicht zu stellen hat, da die Auswahl der Zeugen, soweit der Vorsitzende nicht Anordnungen trifft, seine Sache ist und aus diesem Grunde allein seinem Antrag keine Bedeutung beigelegt ist.

Durch die unzulässige Verlesung der erstinstanzlichen Zeugen-

---

nicht auseinandersetzt. Erwähnt sei, daß Loewe-Rosenberg (§ 387 Anm. 3) das praktische Bedenken gegen die auch von ihm vertretene, die Anwendbarkeit des § 391 II bejahende Ansicht: „daß ein vielbeschäftigter Anwalt unter Umständen genötigt ist, stundenlang auf die Urteilsverkündung zu warten", durch den Vorschlag ausräumen zu können glaubt, statt des Anwalts möge der Privatkläger warten. Als ob die Zeit des Privat- oder Geschäftsmannes, besonders unter den heutigen Verhältnissen, nicht gleichfalls zu kostbar wäre, um sinnlos aufs Spiel gesetzt zu werden, damit einer leeren Form Genüge geschieht! (vgl. meine Anm. zu BayObLG.: JW. 1926, 2206).

RA. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

Zu 26. Prinzipiell ist sicherlich richtig, daß § 371 Abs. 2 StPO. als eine Ausnahmevorschrift nur in seltenen Fällen anzuwenden ist, zumal auch den, bei Loewe-Rosenberg (Anm. 3 zu § 371 zit.) angeführten Bedenken, daß für die Freisprechung ohne erneuerte Hauptverhandlung evtl. der Amtsrichter ohne Schöffen und die Strafkammer in der Besetzung von drei Richtern, zuständig sein würde, die Berechtigung nicht abzusprechen ist. Dagegen kann die Auffassung nicht geteilt werden, daß die Erneuerung der Hauptverhandlung um deswillen erforderlich ist, weil die vorgebrachten, und offenbar als festgestellt erachteten, Tatsachen noch nicht zwingend beweisen, daß der Angekl. „unschuldig" ist, denn § 371 Abs. 2 fordert ja nur, daß „genügende Beweise für die Freisprechung vorliegen", und eine solche kann natürlich auch geboten sein, ohne daß positiv die Unschuld festgestellt wird. Ein weitergehendes Urt. über die Schlüssigkeit der Gründe für die Zurückweisung der Beschwerde verbietet sich, solange man nicht die gesamten tatsächlichen Unterlagen kennt. Immerhin ist es sehr ungewöhnlich, daß die Anklagebehörde die Sachlage zur Freisprechung ohne weiteres für reif, während das Gericht eine neue Hauptverhandlung für nötig hält. Falls die Staatsanwaltschaft von der Auffassung ausgegangen sein sollte, daß, wenn mit größter Sicherheit die Freisprechung zu erwarten ist, es sich zur Vermeidung der Erschütterung des Vertrauens in rechtskräftige Urt. empfehle, diese lieber nicht erst in einer, stets sensationell wirkenden, mündlichen und öffentlichen Wiederaufnahmeverhandlung herbeizuführen, so ließe sich dieser Standpunkt wohl verstehen.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 27. Die Stellung des Privatklägers im Strafprozeß ist nicht mit wenigen Worten zu umreißen. Kein Zweifel besteht darüber, daß der Privatkläger den Strafanspruch des Staates geltend macht und somit auch das Privatklageverfahren öffentlichen Rechts ist. Aber es geht zu weit, wenn behauptet wird, der Privatkläger sei eben darum auch „ein Staatsorgan der Strafverfolgung" (so Gerland, Der deutsche Strafprozeß 1927 S. 126; a. A. Bennecke-Beling, Lehrbuch S. 631; v. Kries, Lehrbuch S. 207). Jedenfalls ist eine so weite Ausdehnung des Organbegriffs nur geeignet, dessen Grenzen völlig zu verwischen. Dies ergibt sich bei einer Vergleichung der Rechtsstellung des Privatklägers und der der Staatsanwaltschaft. Nach den Motiven (S. 227) fallen dem Privatkläger „. . . diejenigen Rechte und Pflichten zu, welche bei Verfolgung der öffentlichen Klage dem Staatsanwalt zufallen, soweit dieselben nicht lediglich ein Ausfluß der Amtsgewalt des letzteren sind". In dem Entwurf selbst fand dieser Satz nur deshalb keine Aufnahme, weil man den Begriff der Amtsgewalt für zu unklar hielt und sich daher von dieser Legaldefinition keinen praktischen Nutzen versprach. Man zog es deshalb vor, „mehr ins einzelne gehende Bestimmungen zu geben". Sedes materiae ist § 385 StPO., dessen Abs. 1 vorschreibt, daß, soweit in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage die Staatsanwaltschaft zuzuziehen und zu hören ist, im Privatklageverfahren auch der Privatkläger zugezogen und gehört wird, und daß alle Entsch., welche dort der Staatsanwaltschaft bekanntgemacht werden, hier dem Privatkläger bekanntzugeben sind. Die Gleichstellung erfolgt also nur für die Zuziehung, d. h. die Beteiligung am Verfahren, für die Frage, inwieweit dem Privatkläger Gehör zu gewähren ist und schließlich für die weitere Frage, welche Entsch. ihm bekanntzugeben sind. Es wäre grundsätzlich verfehlt, aus diesen ganz klar umrissenen und engbegrenzten Bestimmungen schließen zu wollen, auch im übrigen stehe der Privatkläger dem Staatsanwalt gleich, es könne daher, da § 384 auf die Bestimmungen über das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage verweist, soweit nicht für das Privatklageverfahren ausdrücklich Abweichungen vorgesehen seien, auf die dort für die Staatsanwaltschaft getroffene Regelung ohne weiteres zurückgegriffen werden. Das zeigt sich schon bei näherer Betrachtung der in §§ 385 ff. für den Privatkläger gegebenen weiteren Verfahrensvorschriften. Dadurch, daß die Ladungen nicht analog dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage durch den Privatkläger, sondern von der Geschäftsstelle bewirkt werden (§ 385 II) und daß der Vorsitzende des Gerichts bestimmt, wer als Zeuge oder Sachverständiger geladen werden soll (§ 386), während die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Verfahren ganz aus eigener Entschließung handelt (§ 214 StPO. und Loewe-Rosenberg, Anm. 2 das.), wird die Stellung des Privatklägers für das gesamte Beweisverfahren der des Angekl. weitgehendst angenähert. Daß dies durchaus die Absicht des Gesetzgebers war, ergibt die Erklärung der Motive für die in § 385 Abs. 4 getroffene Bestimmung, daß der Privatkläger das Recht der Akteneinsicht nur durch seinen Anwalt ausüben kann. Dort heißt es nämlich (a. a. O.): Diese Vorschrift „. . . ist eine Folge des Grundsatzes, daß auch der Beschuldigte dieses Recht nur durch seinen Verteidiger soll ausüben können". Man kann danach, will man mangels einer positiven gesetzlichen Norm die auf den Privatkläger anzuwendende Vorschrift ermitteln, nur so vorgehen, daß man feststellt, ob inso-

aussagen ist ferner die Verteidigung i. S. des § 338 Ziff. 8 StPO. beschränkt. Auch auf diese Bestimmung, die der Staatsanwaltschaft bei Rechtfertigung ihrer Rev. nicht zur Seite steht, kann sich der Privatkläger berufen. Im Privatklageverfahren stehen sich der Privatkläger und der Angekl. in ähnlicher Weise wie im Zivilprozeß als Parteien gegenüber; dem Privatkläger droht, selbst wenn keine Widerklage erhoben ist, die Gefahr, daß ihm die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise auferlegt werden, und dagegen richtet sich seine Verteidigung. Im vorl. Falle trifft dies um so mehr zu, als mit der Berufung gerade die Feststellung angegriffen wurde, daß sich der Privatkläger auch der Beleidigung schuldig gemacht hat, aus welchem Grunde ihm unter Straffreierklärung des Angekl. die Hälfte der Kosten des Verfahrens durch den Amtsrichter auferlegt sind.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 5. Dez. 1927, 6 V 61/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

Stuttgart.

28. §§ 465, 473 StPO. **Die gesetzliche Folge der Verurteilung des Angekl. zur Strafe ist seine Verpflichtung zur Tragung sämtlicher Kosten des Verfahrens, mag dies bei der Verurteilung ausdrücklich ausgesprochen sein oder nicht. Er hat auch solche Mehrkosten zu tragen, die durch unzutreffende Beurteilung seitens eines Instanzgerichts herbeigeführt worden sind. †)**

Gegen den Angekl. ist durch Beschl. des AG. das Hauptverfahren vor dem AG. wegen eines Vergehens gegen § 4 Abs. 1 UnlWG. zusammentreffend mit einem Vergehen des Betrugs nach §§ 263, 73 StGB. eröffnet worden. Durch Urt. des AG. v. 11. März 1927 wurde er wegen der genannten Vergehen zu Geldstrafen verurteilt. Auf seine Berufung hob die StK. des LG. das Urt. des AG. auf und verwies die Sache gem. § 328 Abs. 3 StPO. an das SchwG., da ein Preßvergehen vorliege (Art. 12 WürttAusfG. z. GVG.). Das SchwG. verurteilte ihn am 24. Okt. 1927 wegen eines Vergehens gegen § 4 UnlWG. zu Geldstrafe und verpflichtete ihn, die Kosten des gegen ihn gerichteten Verfahrens einschließlich der den Nebenkl. erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen. Dieses Urteil ist vorläufig rechtskräftig geworden.

Schon in dem Verfahren vor dem AG. waren der „Detaillisten-Verein" und der „Verein Württ. Schuhwarenhändler" E. V. als Nebenkl. zugelassen worden. Diese verlangen nunmehr die Kosten ihrer Vertretung durch einen RA. — außer vor dem SchwG. — auch vor dem AG. und der StK. von dem Angekl. ersetzt. Gegen die Festsetzung dieser letzteren Kosten durch Kostenfestsetzungsbeschluß der Geschäftsstelle hat der Angekl. Erinnerung und gegen den zurückweisenden Bescheid der StK. die sofortige Beschwerde eingelegt. Dem Rechtsmittel war der Erfolg zu versagen.

Der BeschwF. steht auf dem Standpunkt, daß er zur Erstattung der durch die Verhandlung vor dem AG. und der StK. entstandenen Kosten nicht verpflichtet sei, einmal weil ein ausdrücklicher Ausspruch hierüber im Urteil des SchwG. fehle, und sodann, weil das dem schwurgerichtlichen Verfahren vorangehende Verfahren gesetzlich unzulässig gewesen sei und daher der Angekl. überhaupt nicht zur Tragung dieser Kosten verpflichtet werden könne.

Dieser Standpunkt ist rechtsirrig. Die gesetzliche Folge der Verurteilung des Angekl. zur Strafe ist nach § 465 StPO. seine Verpflichtung zur Tragung sämtlicher Kosten des Verfahrens, mag dies bei der Verurteilung ausdrücklich angesprochen sein oder nicht. Durchläuft die Strafsache mehrere Instanzen oder auch dieselbe Instanz wiederholt, so sind die hierdurch entstandenen Kosten von dem in letzter Instanz rechtskräftig zu Strafe verurteilten Angekl. zu tragen ohne Rücksicht darauf, wie die Entsch. der Zwischeninstanzen gelautet haben. Er hat insbes. auch solche Mehrkosten zu tragen, die durch unzutreffende Beurteilung der Rechtslage seitens eines Instanzgerichts herbeigeführt worden sind (RG. v. 5. Nov. 1917: Recht 1918 Nr. 458). Die StPO. kennt nur die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz, daß das Gericht nach § 473 Abs. 1 StPO. bei teilweisem Erfolg eines Rechtsmittels die Gebühr ermäßigen und die entstandenen Auslagen angemessen verteilen kann. Im vorl. Falle hatte die Berufung des Angekl. gegen das Urt. des AG. allerdings den Erfolg einer bedeutenden Milderung der Strafe. Das SchwG. hat aber keinen Anlaß gefunden, von der erwähnten Ermächtigung des § 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. Gebrauch zu machen. Aus welchem Grunde dies unterblieben ist, entzieht sich der Nachprüfung; es kann auch dahingestellt bleiben, inwieweit von einer solchen Kostenermäßigung der Erstattungsanspruch der Nebenkl. berührt worden wäre. Eine Niederschlagung nach § 6 GKG. kommt ihm gegenüber überhaupt nicht in Frage.

(OLG. Stuttgart, StS., Beschl. v. 12. März 1928, Tagebuch Nr. 153.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Leopold Hirsch II, Ulm.

Landgerichte.

Bonn. **Strafsachen.**

1. §§ 31, 89, 90, 276, 823, 826 BGB. **Die Sektion von in Kliniken verstorbenen Personen ohne Einwilligung der Hinterbliebenen ist rechtswidrig. Sie verpflichtet zu Schadensersatz. Zum Recht der Hinterbliebenen am Leichnam. †)**

Der Vater eines in der Kinderklinik verstorbenen Kindes hatte den Sarg auf dem Friedhof unmittelbar vor der Beerdigung öffnen lassen. Dabei wurde festgestellt, daß das Kind seziert war. Die mitanwesende Mutter will infolge des Anblickes erkrankt sein. Der Vater klagte Schadensersatz ein, und zwar

1. gegen den Direktor der Universitätskinderklinik,
2. gegen den Leiter des Pathologischen Instituts und
3. gegen die Universität.

---

weit, d. h. für den gerade fraglichen Verfahrensabschnitt bzw. die in Frage stehenden Funktionen, der Privatkläger und der Angekl. sich nach der Absicht des Gesetzes als gleichberechtigte Parteien gegenüberstehen sollen oder ob hier dem Privatkläger Funktionen der Staatsanwaltschaft übertragen sind, was naturgemäß eine Gleichbehandlung mit dem Angekl. ausschließen muß.

Wie die Rspr. schon bisher, ausgehend von der in den §§ 385 II, 386 getroffenen positiven Regelung, den § 219 und das in ihm verbürgte Beweisantragsrecht des Angekl. als auch dem Privatkläger zustehend bezeichnet hat, so hat die vorliegende Entsch. mit Recht aus dieser prinzipiellen Gleichordnung beider Prozeßbeteiligter für das Beweisverfahren auf die Anwendbarkeit des § 325 auf den Privatkläger geschlossen, d. h. auch ihm das Recht der erneuten Ladung von Zeugen oder Sachverständigen zur Berufungsverhandlung zugestanden; mit der Folge, daß die dennoch geschehene Verlesung der erstinstanzlichen Aussage einen Verfahrensverstoß darstellt. Die entgegengesetzte Entsch. wäre schon aus dem Grunde verfehlt, weil der Privatkläger dann schlechter gestellt wäre als der Angekl., was sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, der ihm den selbständigen Betrieb des Strafverfahrens für gewisse Arten von Delikten überantwortet hat.

Die weitere — zutreffende — Feststellung, daß § 338 Ziff. 8, der in der unzulässigen Beschränkung der „Verteidigung" einen absoluten Revisionsgrund normiert, gleichfalls auf den Privatkläger Anwendung zu finden habe, ist insofern von geringer Bedeutung, als diese Bestimmung, wie schon oft gezeigt wurde, in Wahrheit keinen absoluten Revisionsgrund gibt, d. h. nicht einen prozessualen Verstoß bezeichnet, bei dessen Vorliegen das Beruhen des Urteils auf dem Verstoß, die Kausalität der Verletzung ohne weiteres zu unterstellen ist. Denn dadurch, daß die Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entsch. wesentlichen Punkt verlangt wird, ist wiederum ein relatives Element in die Kognition des Gerichts hineingetragen. Es kommt wohl auf dasselbe heraus, ob festgestellt wird, daß die Verteidigung in einem für die Entsch. wesentlichen Punkt beschränkt wurde oder daß der Verstoß schwer genug war, um das Beruhen des Urteils auf ihm nicht ausgeschlossen erscheinen zu lassen (vgl. wegen der negativen Bedeutung des Begriffs des „Beruhens" Loewe-Rosenberg, § 337 Anm. 7b).

RA. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

Zu 28. 1. Der zu Strafe verurteilte Angekl. hat nach § 465 StPO. „die Kosten" zu tragen, d. h. alle Kosten. Die in §§ 466, 468 StPO. vorgesehenen Ausnahmen kommen hier nicht in Betracht. Von der Befugnis des § 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. ist kein Gebrauch gemacht worden.

2. Zu den Kosten, die der verurteilte Angekl. zu tragen hat, gehören auch die durch unrichtiges Verfahren verursachten. Bestimmungen entspr. § 102 ZPO. fehlen, lediglich § 6 GKG. kann herangezogen werden, aber er ermöglicht kein Eingreifen betreffs außergerichtlicher Kosten.

3. Gem. §§ 471 Abs. 1, 397 StPO. gehören die dem Nebenkl. erwachsenen notwendigen Auslagen mit zu den von dem verurteilten Angekl. zu tragenden Kosten.

4. Die Entsch. des OLG. trifft also durchaus zu, nur ein Satz in ihr ist nicht ganz glücklich, nämlich folgender: „Dieses Urteil ist vorläufig rechtskräftig geworden." Es gibt nur eine Art der Rechtskraft. Ein Urteil, das rechtskräftig geworden ist, ist eben rechtskräftig, und daran ändert die Möglichkeit, daß diese Rechtskraft demnächst durch die Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 370 Abs. 2 StPO.) durchbrochen wird, nichts. Das Wort „vorläufig" wäre also besser fortgeblieben.

LGR. Dr. A. Friedlaender, Limburg.

Zu 1. A. Was das Urteil über die Deliktsunfähigkeit der Universität und weiter darüber ausführt, daß die Universität im vorl. Falle auch durch das Vorgehen der Professoren nicht deliktsfähig wurde, da diese nicht als Organe und nicht innerhalb einer ihnen eingeräumten Verwaltungsbefugnis gehandelt haben, dürfte keinem Bedenken unterliegen. Hinsichtlich der Ärzte bejaht das Urteil

Die Bekl. hatten nach dem Tatbestand des Urteils im wesentlichen eingewandt:

Es sei allgemein bekannter und von keiner Seite beanstandeter, daher gewohnheitsrechtlicher Brauch einer jeden deutschen Universität, die in ihren klinischen Anstalten verstorbenen Patienten zu sezieren, falls die Sektion wissenschaftlich von Interesse sei und die Angehörigen innerhalb 24 Stunden nicht widersprächen. Die Sektion habe der wissenschaftlichen Forschung und der Unterweisung des ärztlichen Nachwuchses gedient. Vielfach liege eine Sektion auch im Interesse der Angehörigen, namentlich wenn es sich um die Feststellung von Krankheitsursachen und ihre Vererblichkeit handele; auch für die Versicherungsansprüche der Hinterbliebenen könne unter Umständen die Leichenöffnung von ausschlaggebender Bedeutung sein. Die Leichenöffnung in den Instituten der Universitäten diene mithin rein idealen Zwecken, sie sei im Interesse des Gesamtwohles, insbes. der leidenden Menschheit sowie zur Bereicherung und Förderung der ärztlichen Wissenschaft unerläßlich und geboten; ihr idealer Zweck sei anerkannt, deshalb könne sie auch nicht widerrechtlich sein. Die Sektion sei in durchaus ordnungsgemäßer und fachmännischer Weise erfolgt. Die Leiche sei nach der kunstgerechten Vernähung der Sektionsschnitte so aufgebahrt gewesen, daß ihr Anblick nichts Ungewöhnliches und nichts die Gefühle der Angehörigen Verletzendes gehabt habe. Wenn die vom Kl. beauftragte Beerdigungsanstalt Fehler gemacht habe, mit der Folge, daß die Leiche auf dem Friedhof ein entstelltes Aussehen gezeigt habe, so müsse der Kl. sich an diese halten, sie, die Bekl., sei dafür nicht mehr verantwortlich. Der Kl. nimmt die Universität als die Eigentümerin und Inhaberin der klinischen Anstalten und die leitenden Ärzte der dabei in Frage kommenden Institute als die für die Sektion persönlich Verantwortlichen in Anspruch. Die Klage gegen die Universität war auch auf Vertrag gegründet.

Das Gericht hat im vorl. Falle nicht für nachgewiesen erachtet, daß ein Vermögensschaden entstanden sei, hat aber über die prinzipiellen Fragen folgendes ausgeführt:

Den Haftungsgrund können hier zwei verschiedene gesetzliche Tatbestände bilden. Einmal eine unerlaubte Handlung der Bekl. nach §§ 823 ff. BGB., sodann eine Vertragsverletzung gem. § 276 BGB.

Die beklagte Universität als solche ist, da sie eine juristische Person ist, nicht fähig, eine unerlaubte Handlung zu begehen. Dies können naturgemäß nur natürliche Personen. Deliktsfähig sind die juristischen Personen nur durch ihre Vertreter. Bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts, zu denen die beklagte Universität gehört, sind die gesetzlichen Vertreter die Organe, d. h. die durch ein Gesetz oder durch eine gleichwertige allgemeine organisatorische Bestimmung bestellten Beamten. Begehen diese verfassungsmäßigen Vertreter in der Ausübung der ihnen zustehenden Befugnisse eine unerlaubte Handlung, so haftet die von ihnen vertretene Körperschaft gem. §§ 31, 89 BGB. für den durch die unerlaubte Handlung verursachten Schaden.

Die beklagten Institutsvorsteher sind *keine Organe* der Universität; jedenfalls nicht, soweit es sich um ihre Tätigkeit als Lehrer und Forscher handelt. Sie können *Organ sein*, wenn sie neben ihrer Lehrtätigkeit *auch mit Verwaltungsaufgaben* befaßt sind. Eine Organhaftung der Universität für sie kann aber auch nur dann in Frage kommen, wenn sie in der Ausübung der ihnen eingeräumten *Verwaltungsbefugnis* eine schadenstiftende, unerlaubte Handlung begangen haben. Die Behandlung der Tochter des Kl. in der Kinderklinik, die Überweisung der Leiche in das pathologische Institut und die Sektion in diesem Institut sind *keine Verwaltungstätigkeit*, sondern die *Ausübung des wissenschaftlichen und ärztlichen Lehrberufs*. Die beklagten Ärzte haben mithin nicht als Organ der Universität gehandelt. Damit scheidet die Organhaftung der Universität für deren Tätigkeit bei der Sektion der Leiche aus.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn der Kl. dem verfassungsmäßig berufenen *Aufsichtsorgan* der Universität über die klinischen Anstalten den Vorwurf mangelnder Pflichterfüllung in der Ausübung seiner Aufsichtspflicht gemacht hätte und mit Recht machen könnte. Dann würde unter Umständen, falls die Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt des Aufsichtsbeamten widerrechtlich den angeblichen Schaden nach sich gezogen hätte, die Universität nach den Grundsätzen der Organhaftung hierfür einstehen müssen. Der Vortrag des Kl. enthält jedoch in dieser Richtung nichts.

Eine Haftung der beklagten Universität aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung läßt sich auch aus § 839 BGB. i. Verb. m. dem preuß. StaatshaftungsG. nicht begründen. Die Anwendung des § 839 BGB. setzt voraus, daß ein *Beamter* vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende *Amtspflicht* verletzt. Der Beamte muß also Pflichten, welche ihm sein Amt als solches auferlegt, schuldhaft außer acht gelassen haben. *Ihr Amt verpflichtet* die beklagten Ärzte aber *keineswegs*, die Sektion der in den klinischen Anstalten verstorbenen Patienten *zu unterlassen*. Eine solche Verpflichtung kann nur auf Grund einer privatrechtlichen Schutzvorschrift oder eines *Vertrages* mit dem Patienten selbst oder mit seinen Angehörigen, welche ihn in die Klinik eingeliefert haben, bestehen. Von einer Amtspflichtverletzung i. S. v. § 839 kann hier also keine Rede sein. Ganz abgesehen davon könnte das preuß. StaatshaftungsG. deswegen ergänzend nicht Platz greifen, weil die Ausübung des akademischen Lehr- und Forscherberufes eines wissenschaftlichen Institutsleiters an den preuß. Universitäten nicht Ausübung öffentlicher Gewalt ist. Das akademische Lehramt an sich hat mit der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte nichts zu tun.

Der Gesichtspunkt *der deliktischen Schadenshaftung fällt aus diesen Gründen für die beklagte Universität weg*. Der deliktische Gesichtspunkt könnte nur hinsichtlich der beklagten Ärzte zur Anwendung kommen. *Aber auch da versagt er*.

Das Recht am menschlichen Leichnam ist ein starkumstrittenes rechtliches Problem. An bestimmten, fest umgrenzten gesetzlichen Vorschriften privatrechtlicher Natur fehlt es. Für dies von Pietät, Sitte und Herkommen beherrschte Gebiet können daher nur die allgemeinen, anerkannten Gebräuche und die religiösen Anschauungen Norm und Richtschnur sein. Das sittliche Gefühl des Menschen lehnt sich, wie der erste Richter mit Recht betont hat, dagegen auf, daß der Träger der Rechte, der Mensch, nach seinem Tode zum Objekt von Rechten herabgewürdigt wird. Noch mehr widerstrebt es der sittlichen Anschauung der Allgemeinheit, daß das Recht am menschlichen Leichnam, sofern ein solches besteht, als vermögensrechtliches gewertet wird und demnach in einen vermögensrechtlichen, geldwerten Schadensersatzanspruch übergehen kann. Ein dem Gebiet des Privatrechts angehörendes, mit dessen Rechtsbehelfen geschütztes Recht *an dem menschlichen Leichnam besteht daher allgemein nicht*. Der menschliche Leichnam ist *keine Sache* i. S. von § 90 BGB. An ihm kann es daher auch ein unbeschränktes Herrschaftsrecht, wie das Eigentum einer Sache es verleiht, nicht geben. Der Leichnam eines Verstorbenen gehört nicht zu seinem *Vermögen*. Erbrechtliche Ansprüche auf den Leichnam bestehen daher nicht (§ 1922 BGB.). Entgeltliche Verträge und Verfügungen über den Leichnam sind rechtlich unmöglich; sie sind zudem als sittenwidrig nichtig (§ 138 BGB.). Allerdings kann dieser Rechtszustand nur so lange Geltung behalten, als der menschliche Leichnam sich in dem natürlichen Zustande befindet. Die Sektion ändert an dem natürlichen Zustande nichts, da die Leiche in ihrer äußeren Form und in ihrem Zusammenhang unverändert bleibt. Anders verhält es sich jedoch mit der anatomischen Behandlung des Leichnams. Einzelne Leichenteile, insbes. aus Leichenteilen hergestellte Präparate, können naturgemäß zu Sachen i. S. von § 90 BGB. werden. Sie

---

deliktisches Handeln, indem es annimmt, in der Vornahme der Sektion ohne die Einwilligung des Vaters sei die vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Verletzung eines absoluten Persönlichkeitsrechtes, des Bewahrungsrechtes der Eltern an dem kindlichen Leichnam, gelegen, auch der ursächliche Zusammenhang sei gegeben und eine Verurteilung zum Schadensersatz nach § 826 Abs. 1 BGB. wurde nur deshalb abgelehnt, weil ein Schaden nicht entstanden sei. Ob diese ausschließlich auf zivilrechtl. Gebiete liegenden Erwägungen durchweg zutreffen, ob insbes. die Ausführungen über das Bewahrungsrecht als absolutes Persönlichkeitsrecht und über das Nichtbestehen eines Gewohnheitsrechtes, auf das die Ärzte sich berufen könnten, überall frei von Bedenken sind, das zu beurteilen, möchte ich kompetenten Ziviljuristen überlassen und hierzu nur folgendes bemerken: Selbst wenn die Ausführungen überall zutreffen würden, der objektive Tatbestand der § 823 Abs. 1 BGB. (abgesehen vom Vorhandensein eines Schadens) also gegeben wäre, müßte meines Erachtens noch die Frage geprüft werden, ob nicht die Ärzte den Nichteinspruch des Vaters, der wußte, daß in den pathologischen Instituten der Universitätskrankenhäuser Leichen regelmäßig seziert würden, wenn nicht innerhalb 24 Stunden Einspruch erhoben wird, mit gutem Grunde als Einwilligung ansehen konnten. War das der Fall, so hätten die Ärzte weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt; eine dieser Schuldformen verlangt aber § 823 Abs. 1 BGB.

Setzt sich die im Urteil vertretene Anschauung durch, daß jede in den pathologischen Instituten der Krankenhäuser oder Universitäten ohne Einwilligung der Angehörigen vorgenommene Sektion eine widerrechtliche Verletzung eines den Angehörigen zustehenden absoluten Persönlichkeitsrechtes sei, so dürften die pathologischen Institute ihre Gewohnheiten gründlich ändern müssen, und insofern kann das Urteil von weittragender Bedeutung sein.

Ein paar Worte möchte ich noch beifügen hinsichtlich der strafrechtlichen Beurteilung des Falles. Eine besondere strafrechtliche Bestimmung, die die Sektion einer Leiche ohne oder gegen den Willen eines Berechtigten verbietet, findet sich weder im StGB. noch in einem strafrechtlichen Nebengesetz; ob eines der Länder vielleicht eine polizeiliche Bestimmung erlassen hat, ist mir nicht bekannt. Die §§ 168, 367 Nr. 1 StGB. kommen nicht in Frage, da sie voraussetzen, daß die Leiche oder die Leichenteile aus dem „Gewahrsam" eines Berechtigten weggenommen werden, hier ja aber gerade das Krankenhaus, das pathologische Institut den alleinigen Gewahrsam an der Leiche hat; aus dem gleichen Grunde scheidet auch Diebstahl aus, abgesehen von der Frage, ob eine Leiche oder Leichenteile

sind demgemäß auch dem Herrschaftsgebiet des Sachenrechts unbeschränkt unterworfen, zumal dann die ethischen Gesichtspunkte, welche der Behandlung der Leiche im natürlichen Zustand als Sache entgegenstehen, weggefallen sind.

Wenn hiernach ein dem Eigentum gleichgestelltes Recht an dem menschlichen Leichnam abzulehnen ist, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß Rechte sachenrechtlicher Natur an dem Leichnam überhaupt nicht beständen. Es ist wohl allgemein anerkannt, daß ein gewisser beschränkter Personenkreis ein dem Besitz ähnliches Recht an dem Leichnam hat. Dies folgt einmal daraus, daß der Mensch zu seinen Lebzeiten über seinen Leichnam rechtsgültige Verfügungen, z. B. die Überweisung an eine Anatomie, treffen kann. Es folgt ferner aus der Vorschrift der §§ 1968 u. 1615 Abs. 2 BGB., welche den Erben eines Verstorbenen bzw. den natürlichen Vater eines verstorbenen unehelichen Kindes verpflichten, den Aufwand der Beerdigung zu tragen. Schließlich spricht die Vorschrift der §§ 367 u. 168 StGB. für diese rechtliche Auffassung, worin es heißt (§ 168): „Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt, wird ...“ Diese Bestimmung deutet darauf hin, daß ein Bewahrungsrecht an dem menschlichen Leichnam gesetzlich anerkannt ist, welches das Recht, die Art, den Ort und die Zeit der Bestattung zu bestimmen in sich schließt: allerdings an diesen Zweck gebunden und auf diesen Zweck beschränkt.

Dieses Bewahrungsrecht steht den Hinterbliebenen des Verstorbenen und nicht etwa den Erben zu. Wieweit der Kreis der Berechtigten zu ziehen ist, kann hier unerörtert bleiben. Denn der Kl. ist der Vater der verstorbenen Patientin. Ihm, als dem nächsten Angehörigen neben der Mutter kann das Bewahrungsrecht keinesfalls bestritten werden. Zu dem Inhalt des Bewahrungsrechts der Angehörigen gehört folgerichtig, das Recht, die Herausgabe des Leichnams von jedem Unberechtigten zu verlangen und unbefugte Eingriffe und Veränderungen der Leiche abzuwehren. Das Bewahrungsrecht der Angehörigen beruht auf Gewohnheitsrecht; ebenso sein Inhalt und seine Abgrenzung gegenüber störenden Einflüssen. Das Gewohnheitsrecht hat ebenso wie das geschriebene Recht Gesetzeskraft und ist für die Allgemeinheit wie für den Richter bindend.

Fraglich ist nur, ob das Bewahrungsrecht der Angehörigen ein „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 BGB. ist. Darüber gehen die Auffassungen auseinander. Es ist anerkannten Rechtens, daß unter „sonstigen Rechten“ i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. nur absolute Rechte zu verstehen sind. Das wesentliche Merkmal eines absoluten Rechtes besteht in seiner Beziehung zur Allgemeinheit. Ein Recht hat dann absoluten Charakter, wenn es gegen jedermann wirkt und jeden fremden Eingriff ausschließt. Das Bewahrungsrecht an dem Leichnam eines verstorbenen Angehörigen besitzt diesen absoluten Charakter. Jeder Angriff auf dieses Recht, die Entziehung, Entstellung oder die mißbräuchliche Behandlung der Leiche ist ein unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre des Angehörigen, deren Unantastbarkeit durch die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB. gewährleistet ist. Die Frage, ob das Bewahrungsrecht der Angehörigen ein absolutes Recht i. S. von § 823 Abs. 1 ist, ist also zu bejahen. Es beruht auf Sitte, religiöser Anschauung, Herkommen und Pietät. Es ist aus dem Gefühl der Ehrfurcht vor dem Verstorbenen, der Majestät des Todes und der Leiche als ein Symbol der Achtung, welche allgemein in den üblichen Bestattungsfeierlichkeiten ihren äußerlichen Ausdruck findet, entstanden.

Es ist ein Persönlichkeitsrecht und den anderen in § 823 BGB. geschützten Rechtsgütern, soweit sie Persönlichkeitsrechte sind, z. B. der Ehre, dem Recht am eigenen Bilde usw., gleichzustellen. Die Leiche ist ein Rückstand der Persönlichkeit des Verstorbenen, in der das Persönlichkeitsrecht des Toten zugunsten seiner Hinterbliebenen eine gewisse Fortwirkung behält. In diesem Sinne ist der Leichnam der Gegenstand eines den Hinterbliebenen zustehenden Rechtes. Derjenige, der dieses Persönlichkeitsrecht der Hinterbliebenen verletzt, greift mithin in einen fremden Rechtsbereich ein. Er handelt also objektiv widerrechtlich.

Ohne die Einwilligung des Kl. durfte hiernach der Bekl. zu 1 die Leiche der verstorbenen V. J. dem pathologischen Institut zur Sektion nicht überweisen. Ohne die Zustimmung des Kl. durfte der Bekl. zu 2 die Sektion nicht vornehmen oder vornehmen lassen. Die beiden beklagten Ärzte haben also objektiv widerrechtlich gehandelt. Subjektiv fällt ihnen vorsätzliches Handeln zur Last. Denn sie haben bewußt die Sektion der Leiche veranlaßt bzw. vorgenommen. Sie lehnen auch die Verantwortung hierfür nicht ab.

Der vom ersten Richter gebilligten Auffassung der Bekl., die Sektion sei nicht widerrechtlich gewesen, da der Kl. ihr innerhalb von 24 Stunden nicht widersprochen habe, kann das BG. nicht beitreten.

Die Bekl. stützen sich, um die Widerrechtlichkeit auszuschließen, auf ein in allen deutschen Universitätsstädten geltendes örtliches Gewohnheitsrecht. Ein solches Gewohnheitsrecht kann nicht anerkannt werden, mag auch in den Instituten der Universitäten immer so verfahren worden sein, wie es hier geschehen ist. Zur gewohnheitsrechtlichen Norm kann nur ein Brauch werden, welcher allgemein angewandt wird, anerkannt ist und der, auf die allgemeine Übung gestützt, sich als bindende Rechtsnorm im Bewußtsein der Allgemeinheit und im Rechtsleben eingewurzelt hat. Niemals kann aber ein Brauch zum Gewohnheitsrecht werden, welcher allgemein als Mißbrauch empfunden wird. Ein solcher Mißbrauch ist zweifellos die Sektion einer Leiche ohne die Zustimmung des Angehörigen, dem das Bewahrungsrecht zusteht, mag es sich um einen in einer privaten Anstalt oder um einen in einer öffentlichen Universitätsklinik Verstorbenen handeln, das menschliche Gefühl in den allgemeinen Bevölkerungsschichten sträubt sich erfahrungsgemäß ganz energisch gegen den Gedanken einer sektorischen oder gar anatomischen Behandlung der Leiche eines nahen Angehörigen. Es sprechen dabei wiederum die Gründe der religiösen Überzeugung, der Pietät und der Weltanschauung mit: vielleicht auch ein gewisses Maß von Aberglaube und Vorurteil, das aber einmal, vielfach auch bei gebildeten Menschen, vorhanden ist, und das nicht einfach übergangen werden kann. Jedenfalls steht es der Bildung eines Gewohnheitsrechtes i. S. der Bekl. entgegen. Die allgemeine Anschauung geht eben dahin, daß die Sektion einer Leiche ohne die Zustimmung der Angehörigen als ein schwerer Rechtsbruch empfunden und, von wenigen Ausnahmen abgesehen, ganz energisch abgelehnt wird. Dieses Empfinden und Bewußtsein haben auch die beteiligten Anstalten und die an ihnen beschäftigten Ärzte. Erfahrungsgemäß nehmen sie die Sektion regelmäßig insgeheim vor und suchen sie vor den Augen und der Entdeckung durch die Angehörigen zu verbergen. Dieses Verfahren kann schon aus rein menschlichen Gründen keinesfalls die Billigung des Gerichts finden. Es verdient vielmehr scharf gerügt zu werden. Kein um das Schicksal eines Kranken Besorgter, gar ein Vater oder eine Mutter, wird bei der Einlieferung eines Angehörigen in

---

„fremde Sachen“ sind. Das sind sie nicht (vgl. Oertmann: LZ. 1925, 513 ff., der die Frage allerdings bejaht, während sie von Blume: ArchZivPrax. 112, 366 ff. und anderen verneint wird). Daß das StGB. sie nicht als „Sachen“ i. S. der §§ 242, 246, 303 ansieht, ergibt sich schon aus §§ 168, 367 Nr. 1, die andernfalls überflüssig wären. Sind die Leichen aber keine Sachen, so kann an ihnen auch weder Sachbeschädigung noch Unterschlagung begangen werden. Endlich kommt auch § 133 StGB. nicht in Betracht, denn die Leiche befindet sich nicht zur amtlichen „Aufbewahrung“ im pathologischen Institut.

Daß Leichen Gegenstände des Verkehrs und damit des Eigentums werden können, wenn sie z. B. von den Berechtigten an Anatomien verkauft werden, interessiert hier nicht.

Oberreichsanwalt a. D. Prof. Dr. Ludwig Ebermayer, Leipzig.

B. Wie in den vorstehenden Ausführungen dargelegt wird, kommt bei dem dem Urteil des LG. Bonn zugrunde liegenden Verhalten der betreffenden Ärzte ein Verstoß gegen das Strafgesetz nicht in Frage. Da es auch im Zivilverfahren zu einer Verurteilung nicht gekommen ist, weil ein Schaden, besonders Vermögensschaden nicht entstanden ist und sich in dieser Beziehung wohl alle solchen Fälle gleich verhalten werden, könnte es scheinen, als wenn der Mediziner an der weiteren Erörterung der Frage kein Interesse hat. Indessen können wir uns doch nicht ohne weiteres damit zufrieden geben, daß ein medizinisch allgemein übliches Verfahren, wenn es auch zu keiner gerichtlichen Verurteilung führen kann, doch in der Urteilsbegründung als „rechtlich und sittlich anstößig“ bezeichnet wird. Deshalb seien auch dem Mediziner einige kritische Bemerkungen zu dem vorbehandelten LGUrt. gestattet, zunächst ein paar solche zu Einzelheiten aus seinem Inhalt:

Es ist selbstverständlich, daß die klinischen Sektionen in den geschlossenen Räumen der betreffenden Institute und nicht in breiter Öffentlichkeit stattfinden und daß man bei ihrer Ausführung, insbes. beim Verschluß der Leiche, so vorgeht, daß jede Entstellung möglichst vermieden wird. Das geschieht auch allgemein dann, wenn eine Leiche unter voller Zustimmung der Angehörigen oder auf deren Wunsch seziert wird. Es ist doch aber eine nicht nur unfreundliche, sondern auch durch und durch schiefe Darstellung dieses natürlichen Vorgehens, wenn nun im Urteil von den die Sektion ausführenden Ärzten gesagt wird: „erfahrungsgemäß nehmen sie die Sektion regelmäßig insgeheim vor und suchen sie vor den Augen und der Entdeckung durch die Angehörigen zu verbergen“.

Zweitens erklärt das Urteil, daß man den Angehörigen, die einen Kranken ins Krankenhaus bringen oder die die Nachricht von seinem eben erfolgten Tode erhalten, nicht zumuten könne, bei einer dieser Gelegenheiten alsbald gegen die Leichenöffnung Einspruch zu erheben. Offenbar geht das Urteil von der Ansicht aus, daß in beiden Fällen bei den Betroffenen ein solcher Grad von Erregung und Bestürzung anzunehmen ist, daß sie außerstande sind, entsprechende Erwägungen anzustellen. Nun lehrt doch aber die allergewöhnlichste Erfahrung, daß mit der Unterbringung eines Angehörigen im Krankenhaus für die Betreffenden regelmäßig äußerst

die Klinik auf den Gedanken kommen, für den Fall des Todes gleich bei der Einlieferung die Sektion der Leiche zu untersagen. Ebensowenig wird der Angehörige beim Ableben eines Kranken es als seine nächste, in 24 Stunden zu besorgende Aufgabe betrachten, zur Klinik zu gehen und dort die Sektion der Leiche zu verhindern. Das richtige Verfahren wäre also, zunächst die Einwilligung der Angehörigen zur Sektion einzuholen und erst im Falle ihrer Erteilung die Sektion vorzunehmen. Damit würden die klinischen Anstalten dem allgemeinen sittlichen Empfinden Rechnung tragen, aber nicht mit dem von ihnen beobachteten umgekehrten Verfahren. Dieses Verfahren ist sittenwidrig und anstößig. Es kann daher niemals seine Sanktion als gewohnheitsrechtliche Norm durch die tatsächliche Übung erhalten.

Es ist allerdings zuzugeben, daß die Leichensektion rein idealen Zwecken dient, und daß sie auch aus ethischen Gründen grundsätzlich nicht abgelehnt werden kann und auch von der religiösen Lehre geduldet wird. Das Unsittliche liegt aber nicht in der Sektion selbst, sondern in der Heimlichkeit, mit der sie hinter dem Rücken der Angehörigen vielfach vorgenommen wird. Das wissenschaftliche Interesse, die medizinische Forschung und die Heranbildung des ärztlichen Nachwuchses sind gewiß hohe Aufgaben, welche im Interesse des Gesamtwohls jedwede Förderung verdienen. Das kann aber nicht dazu führen, widerrechtliche Eingriffe in die private Rechtssphäre eines anderen und die Verletzung seiner heiligen Gefühle zu rechtfertigen.

Das Bedenken des ersten Richters, aus der Zustimmung zur Sektion könne seitens der Angehörigen leicht ein Geschäft gemacht werden, wenn die Kliniken das umgekehrte Verfahren als das bisher beobachtete zur Anwendung brächten, teilt das BG. nicht. Lehnen die Kliniken ein für allemal eine Geldentschädigung der Angehörigen ab, so wird bald allgemein die Überzeugung durchdringen, daß mit der Zustimmung einer Leichensektion kein Geschäft zu machen ist.

Es bleibt mithin dabei, daß die Sektion der V. J. im pathologischen Institut der beklagten Universität ein widerrechtlicher Eingriff der beklagten Ärzte in den Rechtsbereich des Kl. war, welcher den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. erfüllt; auch dann, wenn der Kl. aus dem gleichliegenden Fall in seiner Verwandtschaft den Brauch der Universität, nach 24 Stunden zu sezieren, gekannt und trotzdem nicht widersprochen hat.

Ob auch § 823 Abs. 2 BGB. oder § 826 BGB. als Haftungsgrund herangezogen werden können, soll dahingestellt bleiben. Die Auffassung des Gerichts geht dahin, daß weder § 823 Abs. 2 noch § 826 BGB. anwendbar ist. Ein besonderes, den Schutz des auf privatrechtlichen Gesichtspunkten beruhenden Bewahrungsrechtes der Angehörigen an der menschlichen Leiche bezweckendes Gesetz besteht nicht. Ein strafrechtlicher Tatbestand liegt nicht vor. Insbes. kann keine Sachbeschädigung in Frage kommen, weil aus den oben dargelegten Gründen die Leiche keine Sache i. S. des Gesetzes ist. Die Vorschriften des StGB. und der StPO. über die menschliche Leiche sind rein öffentlich-rechtlicher Natur. Sie dienen lediglich öffentlichen Belangen und Interessen, vermitteln aber nicht den Schutz privater Ansprüche auf die Leiche. § 826 BGB. muß schon deswegen ausscheiden, weil es bei den beklagten Ärzten zweifellos an dem Vorsatz einer sittenwidrigen Schädigung gefehlt hat. Ihr Beweggrund war, wie ausdrücklich anerkannt werden muß, ein ganz anderer. Er war auf keinen Fall unsittlich. Auch ihr Handeln als solches war nicht unsittlich.

Um den Tatbestand der unerlaubten Handlung zu vollenden und die grundsätzliche Verpflichtung der beklagten Ärzte zum Schadensersatz zu bejahen, bedarf es noch des ursächlichen Zusammenhangs und des Vorhandenseins eines vermögensrechtlichen Schadens, Voraussetzungen, welche der Kl. zu beweisen hätte.

Für das Gebiet des Zivilrechts gilt anerkanntermaßen die Lehre von der adäquaten Verursachung, welche besagt, daß der schadenstiftende Erfolg lückenlos auf ein Tun des Verpflichteten zurückzuführen ist, welches nach den allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen den schädigenden Erfolg herbeizuführen geeignet war. Das Tun der beklagten Ärzte besteht in der Sektion der Leiche. Es ist nicht zu bestreiten, daß nach den Lehren der Erfahrung im täglichen Leben der Anblick einer sezierten Leiche, mag sie auch noch so kunstgerecht wieder vernäht worden sein, infolge der nicht zu beseitigenden Sektionsschnitte bei nahen Angehörigen eine mit gesundheitlicher Schädigung verbundene seelische Erschütterung zur Folge haben kann. Hätten die beklagten Ärzte die Sektion unterlassen, so hätte in der klinischen Behandlung des Kindes irgendein Grund für die Gemütserregung und die Nervenerschütterung des Kl. und seiner Ehefrau nicht vorgelegen. Der ursächliche Zusammenhang ist also gegeben. Daran ändert die ursprüngliche Gleichgültigkeit des Kl. und seiner Ehefrau der Leiche gegenüber ebensowenig etwas wie die unbestrittenermaßen auf alle Pietätsgefühle Rücksicht nehmende Aufbahrung der Leiche im pathologischen Institut. Damit ist die Sektion der Leiche als schadenstiftende Ursache nicht ausgeschaltet. Das Verhalten des Kl. auf dem Friedhofe bedeutet keine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs, mag es auch ein Beweis dafür sein, daß es dem Kl. bei dem Öffnen des Sarges kurz vor der Beerdigung weniger auf das menschliche Gefühl, als auf eine Gelegenheit, Geld zu verdienen, ankam. Eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs findet nur dann statt, wenn die erste Kausalkette abgebrochen, ihre Wirkung beseitigt und ein neuer Kausalzusammenhang eröffnet ist. Davon kann hier jedoch keine Rede sein. Denn die Sektion ist als schadenverursachendes Ereignis nicht wegzudenken. Darum ist auch die Tätigkeit der Beerdigungsanstalt für die Frage des ursächlichen Zusammenhangs ohne entscheidende Bedeutung.

(LG. Bonn, Urt. v. 16. Mai 1928, 3 S 706/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Max Cohn, Bonn.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. Oppermann, Bautzen.

1. § 39 BetrRG. Begriff der gröblichen Pflichtverletzung.†)

Der Antragsgegner ist Vorsitzender des Betriebsrates der Wasserbaustrecke N. der Oderstrombauverwaltung in B. Diese hat durch das Wasserbauamt in F. bei dem ArbG. in G. den Antrag gestellt, das Erlöschen der Mitgliedschaft des Antragsgegners im Betriebsrat wegen gröblicher Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten zu beschließen. Das ArbG. hat den Antrag zurückgewiesen.

Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde unterliegt der Zurückweisung. Der Antrag der Antragstellerin beruht auf § 39 BetrRG.

---

nüchterne und geschäftliche Verhandlungen im Büroraum des Hospitals verbunden sind, Erörterungen über Personal- und Kassenverhältnisse, Kostenaufbringung, Vorschuß u. dgl., daß ebenfalls nach dem Tode eines Angehörigen unmittelbar allerlei dringende geschäftliche Aufgaben an die Hinterbliebenen herantreten (Besorgung des Totenscheins, Gang zum Standesamt, Vorbereitung der Bestattung, Bestellung von Traueranzeigen und dergleichen mehr), so daß eine Einspruchserklärung gegen die Sektion keineswegs aus dem Rahmen der Aufgaben fällt, zu denen man in solchen erschütternden Situationen genötigt ist und dank der Besonnenheit, die eine glückliche seelische Organisation dem normalen Menschen auch unter diesen Umständen beläßt, auch fähig ist.

Endlich, wenn man, wie das Urteil, den Standpunkt vertritt, daß die Unterlassung des Einspruchs nicht genügt, sondern daß eine ausdrückliche Zustimmung gefordert werden muß, so schafft man große Schwierigkeiten für viele Fälle, in denen die berechtigten Angehörigen nicht am Orte wohnen oder zunächst vielleicht gar nicht bekannt sind; soll man mit der Sektion warten, bis auch in solchen Fällen die ausdrückliche Einwilligung eintrifft und die inzwischen eingetretenen Leichenveränderungen eine Klärung des Falles unmöglich gemacht und wertvolle wissenschaftliche Befunde vernichtet haben?

Wie das Urteil selbst anerkennt, dient die klinische Sektion rein idealen Zwecken. Man sollte sie deshalb auch nicht unnütz erschweren, wie es geschehen würde, wenn statt des Stillschweigens stets eine ausdrückliche Genehmigung der Berechtigten erfordert wird. Es gibt doch immer noch eine ganze Reihe von Krankheiten und Todesarten, über deren Natur und etwaige Verhütung wir volle Aufklärung nur durch weitere zahlreiche Leichenöffnungen gewinnen können. Ich möchte aus meinem eigensten Gebiet hier nur auf den Tod durch Elektrizität und die tödlichen gewerblichen Vergiftungen hinweisen. Geh. MedR. Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

Zu 1. Man wird sich vor Mißverständnissen hüten müssen, zu denen das vorliegende Urteil bei seiner knappen Fassung führen könnte. Wenn das RArbG. ausspricht, die Annahme der Vorinstanz, daß das festgestellte Verhalten des Antragsgegners eine gröbliche Verletzung seiner Pflicht als Betriebsratsmitglied nicht enthalte, beruhe auf Erwägungen tatsächlicher Art, die einen Rechtsverstoß nicht erkennen lassen, so ist damit nicht etwa gemeint, daß der Ausspruch des Tatrichters über das Vorliegen einer gröblichen Pflichtverletzung schlechthin der Rev. entzogen sei. Vielmehr wird das Urt. so verstanden werden müssen, daß die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten an sich eine gröbliche Pflichtverletzung darstelle, in der Rev. nachzuprüfen sei; daß aber die Feststellung, ob im einzelnen Falle ein solches Verhalten vorliege, rein tatsächlicher Natur und daher mit der Rev. nicht angreifbar sei. Dies entspricht dem Standpunkt, den das RG. in den ähnlichen Fällen der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde ständig einnimmt: RG. 110, 297 = JW. 1925, 2434; RArbG. v. 7. März 1928: JW. 1928, 1464. So hat denn auch das RArbG. in anderen Fällen Entscheidungen, die eine gröbliche Pflichtverletzung von Betriebsratsmitgliedern zum Gegenstande hatten, in diesem Sinne nachgeprüft (vgl. RArbG. v. 21. März 1928: JW. 1928, 1761[1] u. 1762[2]).

RA. Dr. W. Oppermann, Bautzen.

in Verbindung mit § 47 der VO. über die Bildung von Betriebsvertretungen im Bereiche der Reichswasserstraßenverwaltung v. 22. Aug. 1922. Die Antragstellerin hatte geltend gemacht, daß der Antragsgegner entgegen der Anordnung der Betriebsleitung der Baustelle R. am 4. Okt. 1927 eigenmächtig bestimmt habe, daß die Arbeitszeit dieselbe wie zuvor bleibe, und dadurch Verwirrung in die Arbeiterschaft getragen und die Disziplin untergraben habe. Das ArbG. hat folgenden, von einem Zeugen bekundeten Vorgang unterstellt: der Zeuge habe am 4. Okt. 1927 im Auftrage des Wasserbau-Obersekretärs K. bei Feierabend der Arbeiterschaft mitgeteilt, K. habe bestimmt, daß die Arbeitszeit vom nächsten Tage an statt um ½7 Uhr um 7 Uhr beginne; darauf habe der Antragsgegner erwidert, „das gibt es nicht, K. hat die Arbeitszeit nicht zu bestimmen, es wird nach wie vor um ½7 Uhr angefangen". Das ArbG. hat in diesem Verhalten eine gröbliche Verletzung der dem Antragsgegner als Betriebsratsmitglied obliegenden Pflichten nicht erblickt. Es hat hierbei erwogen, daß nur dieser eine Fall in Frage komme, und daß bei dem Antragsgegner auch ein Mißverständnis vorgelegen haben könne; denn nach der Mitteilung des Zeugen habe es so ausgesehen, als wenn der Wasserbau-Obersekretär die Änderung der Arbeitszeit unberechtigterweise selbständig vorgenommen habe, während sie bereits Anfang 1927 im Einvernehmen mit dem früheren Betriebsrat festgesetzt worden sei; daß Antragsgegner hiervon Kenntnis gehabt habe, sei nicht mit Bestimmtheit nachgewiesen. Die Rechtsbeschwerde macht demgegenüber geltend, daß die Angabe des Antragsgegners, er habe von der im Einvernehmen mit dem früheren Betriebsrat erfolgten Festsetzung der Arbeitszeit keine Kenntnis gehabt, unglaubwürdig erscheine. Sie rügt ferner, das ArbG. habe die Folgen der Pflichtverletzung des Antragsgegners nicht genügend gewürdigt, die sich bereits am folgenden Morgen darin gezeigt hätten, daß 13 Arbeiter eine halbe Stunde zu früh zur Arbeit erschienen seien.

Nach § 86 ArbGG. kann die Rechtsbeschwerde nur darauf gestützt werden, daß der Beschluß des ArbG. auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung beruhe. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, eine Angabe des Antragsgegners erscheine unglaubwürdig, handelt es sich lediglich um einen Angriff gegen die tatsächliche Würdigung der Angaben des Antragsgegners, die der Nachprüfung des Beschwerdegerichts entzogen sind. Im übrigen läßt der angefochtene Beschluß nicht erkennen, daß das ArbG. den Begriff der gröblichen Verletzung der Pflichten verkannt habe. Wenn es angenommen hat, daß das von ihm festgestellte Verhalten des Antragsgegners eine gröbliche Verletzung der einem Betriebsratsmitgliede obliegenden Pflichten nicht enthalte, so beruht diese Stellungnahme auf Erwägungen tatsächlicher Art, die jedenfalls einen Rechtsverstoß nicht erkennen lassen.

(RArbG., Beschl. v. 28. März 1928, RAG RB 8/28.) [O.]

*

2. § 86 ArbGG.; § 97 BetrRG. **Im Rechtsbeschwerdeverfahren kann nicht nachgeprüft werden, ob dem ArbG. in Anwendung seines Ermessens bei Versagung der Zustimmung zur Entlassung eines Betriebsvertretungsmitgliedes ein Fehlgriff unterlaufen ist.†)**

(RArbG., Beschl. v. 17. Nov. 1927, RAG RB 3/27.)
Abgedr. JW. 1928, 296[12].

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Senatspräs. Dr. G. Strutz, Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt u. Reichsfinanzrat Dr. Gg. Schmauser, München. [✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. § 36 ErbschStG. 1925. **Waren einem Erbschaftssteuerpflichtigen Verbindlichkeiten vor Erlaß des Steuerbescheids bekannt, hat er aber in Unkenntnis über die Abzugsfähigkeit deren rechtzeitige Anmeldung unterlassen, so hat er keinen Anspruch auf Berichtigung des Steuerbescheids i. S. § 36 ErbschStG. 1925.†)**

Es handelt sich um die Berichtigung eines Erbschaftssteuerbescheids wegen nachträglich bekanntgewordener Verbindlichkeiten. Die Erblasserin ist am 30. März 1926 gestorben. Die Vorinstanzen haben den Antrag der Erben, Beträge, die ihr Bevollmächtigter als Krankenhauskosten und Verpflegungskosten für die Verstorbene verausgabt hat, nachträglich bei der Erbschaftssteuerveranlagung zu berücksichtigen, als unbegründet bezeichnet. Die Rechtsbeschwerde wendet sich gegen die Berufungsentscheidung v. 31. Dez. 1927. Nach dem hier in Betracht kommenden § 36 ErbschStG. 1925 kann der Steuerpflichtige dann, wenn bei der Erteilung des Steuerbescheids abzugsfähige Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt worden sind, weil sie dem Steuerpflichtigen unbekannt waren, bis zum Ablauf von fünf Jahren seit der Veranlagung Berichtigung des Steuerbescheids beantragen. Eine gesetzliche Voraussetzung für die Berechtigung zu diesem Antrag ist also, daß die bei Erteilung des Steuerbescheids nicht berücksichtigten abzugsfähigen Verbindlichkeiten dem Steuerpflichtigen unbekannt waren.

In der angefochtenen Entsch. ist festgestellt, daß dem Bevollmächtigten der Erben, der die fraglichen Beträge für die Erben verausgabt und auch die mit rechtskräftig gewordenem Steuerbescheide geforderte Erbschaftssteuer bezahlt hat, die nachträglich geltend gemachten Verbindlichkeiten bereits bei Abgabe der Erbschaftssteuererklärung bekanntgewesen sind. Auch den einzelnen Erben war das Bestehen der fraglichen Verbindlichkeiten nicht unbekannt. Es hat daher die Vorinstanz mit Recht angenommen, daß hier eine Voraussetzung für einen Anspruch der Steuerpflichtigen auf Berichtigung des Steuerbescheids i. S. des § 36 ErbschStG. 1925 fehlt. Die Vorinstanz hat auch die Frage erörtert, ob Verbindlichkeiten dann als unbekannt i. S. des § 36 zu betrachten sind, wenn der Steuerpflichtige nicht wußte, daß eine Abzugsfähigkeit dieser Verbindlichkeiten in Frage kommt. Sie hat die Frage verneint. Mit Recht. Denn ein Unbekanntsein der Verbindlichkeiten in der Person des Steuerpflichtigen liegt nach der Auffassung des erk. Sen. nicht vor, wenn der Steuerpflichtige nur aus Unkenntnis des Gesetzes eine Anmeldung seinerzeit unterlassen hat. Nur später bekanntgewordene Verbindlichkeiten berechtigen zu einem Antrag i. S. des genannten § 36 (vgl. auch die Begründung zu dem entsprechenden § 46 Satz 1 des Entw. des ErbschStG. v. 16. Juni 1919, Nr. 37 der Drucks. der Nationalversammlung 1919 S. 44). Auch im Schrifttum wird davon ausgegangen, daß der Steuerpflichtige, dem die Verbindlichkeiten ihrer Existenz nach be-

---

Zu 2. Das Gesetz gibt keine Anhaltspunkte dafür, wann das ArbG. die von der Betriebsvertretung verweigerte Zustimmung zur Kündigung erteilen oder versagen soll. Es bestimmt in § 97 S. 2 BetrRG. nur negativ, daß die Zustimmung **nicht** erteilt werden **darf**, wenn sich die Entlassung gerade gegen die Ausübung des Amtes als Betriebsvertretungsmitglied richtet. Im übrigen entscheidet das ArbG. nach freiem Ermessen. Es wird sich dabei in erster Linie von dem Gedanken leiten lassen müssen, daß den Mitgliedern der Betriebsvertretung nach dem Willen des Gesetzgebers ein noch stärkerer Schutz gegen willkürliche Entlassungen zukommen soll als sonstigen Arbeitnehmern: Diese müssen gegen eine Kündigung, die sie nicht gelten lassen wollen, Einspruch erheben; den Mitgliedern der Betriebsvertretung dagegen kann grundsätzlich überhaupt nur mit Zustimmung der Betriebsvertretung wirksam gekündigt werden. Das ArbG. wird also, wie das LArbG. Dortmund einmal treffend ausgeführt hat (vgl. Beschl. v. 26. Aug. 1927; Bensh. Samml. I [LArbG.] Nr. 17 S. 42), prüfen müssen, ob das Verhalten des Mitglieds der Betriebsvertretung oder die Interessen des Betriebs es rechtfertigen, daß der Arbeitgeber von seinem vertragsmäßigen Kündigungsrecht einem Arbeitnehmer gegenüber Gebrauch macht, bei dem die Beschränkung des § 96 BetrRG. nicht besteht, und für den Fall der Bejahung dieser Frage untersuchen müssen, ob nicht die Interessen der Belegschaft an der Weitererhaltung ihres eingearbeiteten Vertrauensmannes stärker sind als jene Gründe für die Entlassung. Da aber die Nachprüfung solcher Erwägungen des ArbG. als Anwendung des freien Ermessens im Weg der revisionsähnlichen Rechtsbeschwerde dem BeschwG. durch § 86 ArbGG. entzogen ist (vgl. auch **Rosenberg**, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 447 und RG.: JW. 1920, 647), war die Rechtsbeschwerde, wie hier geschehen, als unbegründet zu verwerfen. Zwar ist es richtig, daß die Betriebsratsmitglieder nicht verlangen können, als letzte entlassen zu werden (vgl. **Hueck-Nipperdey**, Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 338; **Flatow**, BetrRG. S. 407), doch hat ja nach der Feststellung des Beschlusses das ArbG. nicht erkennen lassen, daß es aus diesen Gründen die Zustimmung zur Entlassung versagt hätte. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte auch mit solchen Erwägungen das ArbG. die Grenzen seines grundsätzlich völlig freien Ermessens nicht ohne weiteres überschritten, da es sehr wohl möglich gewesen wäre, daß eben die Interessen der Belegschaft die Entlassung der Betriebsratsmitglieder als letzte verlangten. Prof. Dr. **Groh**, Heidelberg.

Zu 1. Gegenüber einem rechtskräftig gewordenen Steuerbescheid kann ein Steuerpflichtiger auch auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel eine Verbesserung für sich im allgemeinen nicht mehr erreichen, das liegt nun einmal im Wesen der Rechtskraft. Zu seinen Ungunsten allerdings sind mit den Neuveranlagungsmöglichkeiten des § 212 RAbgO. starke Einschränkungen dieser Rechtskraftswirkung des Steuerbescheids gemacht, zu seinen Gunsten nur die allgemeine des § 213 RAbgO., wonach im Falle der Entdeckung von Fehlern bei Nachprüfung einer Steuerfestsetzung durch die Aufsichtsbehörde eine Herabsetzung der Steuer durch Berichtigung der Steuerfestsetzung möglich ist. § 36 ErbschStG. macht nun für dessen Bereich eine weitere Ausnahme: das spätere Bekanntwerden zunächst übersehener Verbindlichkeiten, deren Mitberücksichtigung die

kannt waren und der es trotzdem unterlassen hat, sie rechtzeitig (d. h. vor der Steuerfestsetzung) anzumelden, das Recht verliert, sie geltend zu machen, und nur im Wege der Billigkeit (§ 108 RAbgO.) Aussicht auf nachträgliche Berücksichtigung haben kann. Die Vorinstanzen konnten bei dem Mangel des bezeichneten Merkmals des § 36 unerörtert lassen, ob die fraglichen Verbindlichkeiten wirklich „abzugsfähige" Verbindlichkeiten im Sinne der genannten Vorschrift waren. Auch § 213 RAbgO. ist von den Vorinstanzen nicht verletzt worden. Die Rechtsbeschwerde war also erfolglos.

(RFH., V. Sen., Urt. v. 19. Juni 1928, V e A 191/28 S.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Präs. Dr. v. Olshausen, Berlin.

1. § 65 AVG. **Der Begriff „Häusliche Gemeinschaft" i. S. § 65 AVG. setzt im allgemeinen ein räumliches Zusammenleben, d. h. einen gemeinsamen Hausstand mit einer familienähnlichen gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung in Räumen voraus, die von den unter sich verwandten Mitgliedern des Hausstandes geteilt werden.**

(RVA., Entsch. v. 24. Mai 1928, IIa AV 272/27.) [v. O.]

*

2. § 201 AVG. **Zur Rechtsnatur von Zwangsstrafen**

Das AVG. enthält keine ausdrückliche Vorschrift, wodurch bei Verhängung einer Zwangsstrafe eine Strafandrohung unmittelbar vorgeschrieben wäre. Die Notwendigkeit einer solchen ergibt sich aber aus allgemeinen Erwägungen. Im Wesen der Zwangsstrafe liegt es im Gegensatz zu anderen Strafarten, daß sie ein Zwangsmittel zur Durchführung einer rechtmäßigen Anordnung, also zur Beugung des ihrer Durchführung entgegenstehenden Willens darstellt, daß sie dagegen nicht eine Sühne für einen bereits abgeschlossenen Straftatbestand ist. Sie ist also nur ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. In dieser Zweckbestimmung liegt es, daß zunächst eine Androhung zu erfolgen hat. Begriffsnotwendig liegt also im Wesen der Zwangsstrafe, daß die Erreichung ihres Zwecks zunächst durch eine Androhung versucht sein muß. Wird der Ungehorsam schon hierdurch aus dem Wege geräumt, so ist für die Verhängung der Strafe kein Raum mehr. Dies ist auch die auf dem Gebiete der allgemeinen Verwaltung durchaus herrschende Ansicht. Auch in der Arbeiterversicherung ist dieser Grundsatz in der Rechtsübung des RVA. und im Schrifttum durchgängig vertreten. Für die Angestelltenversicherung treffen dieselben Erwägungen in vollem Umfange zu. Bei der Strafandrohung ist nicht die Androhung einer Geldstrafe in bestimmter Höhe erforderlich, sondern es genügt eine Strafandrohung unter Hinweis auf den Rahmen der in Betracht kommenden Strafart.

(RVA., Entsch. v. 1. Febr. 1928, II AV 16/27 B.) [v. O.]

*

3. § 249 AVG. **Form des Bescheides über Leistungen.**

Dem Erfordernis, daß der Bescheid zu begründen ist, ist durch eine allgemeine Bezugnahme auf „Ermittlungen" nicht genügt, es bedarf vielmehr einer ausreichenden Begründung. Die Unterlassung der Begründung stellt einen wesentlichen Mangel des Verfahrens dar, durch den das Recht des Kl., seine Rechte im Verfahren erschöpfend wahrzunehmen, erheblich beeinträchtigt worden ist.

(RVA., Entsch. v. 28. Febr. 1928, IIa AV 187/27.) [v. O.]

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVGR. Geh. RegRat von Kries u. RA. Dr. Görres,

1. **Die in § 57b Ziff. 2 GewO. für die Erteilung eines Wandergewerbescheines vorgesehene Sperrfrist von fünf Jahren beginnt, wenn nach Verbüßung eines Teiles der Strafe Bewährungsfrist bewilligt und nach deren Ablauf die Reststrafe erlassen ist, mit dem Anfang der Bewährungsfrist.**

Nach § 57b Ziff. 2 GewO. darf der Wandergewerbeschein versagt werden, wenn der Nachsuchende wegen gewisser strafbarer Handlungen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einer Woche verurteilt ist und seit der Verbüßung der Strafe fünf Jahre noch nicht verflossen sind. Strittig ist nur, ob der BezAussch. das geltende Recht richtig angewendet hat, indem er, der Auffassung des preuß. Handelsministers sich anschließend, diese fünfjährige Frist vom Tage der Bewilligung der Bewährungsfrist ab rechnet. Diese Frage ist zu bejahen.

Die GewO. trifft über die zur Erörterung stehende Frage keine unmittelbare Bestimmung. Die Auslegung ist daher aus dem Gesetz abzuleiten. Das OVG. 75, 428 hat entschieden, daß im Falle des Erlasses der Strafe die in den §§ 57 und 57b a. a. O. genannten Sperrfristen für die Erteilung des Wandergewerbescheins von drei und fünf Jahren vom Tage des Erlasses der Strafe zu laufen beginnen. Wann in einem Falle, wie hier, wo nach Verbüßung eines Teiles der Strafe Bewährungsfrist für die weitere Verbüßung bewilligt und nach Ablauf der Frist die Reststrafe erlassen wird, die Strafe als erlassen zu gelten hat und nach obigem Urteil die Sperrfrist des § 57b a. a. O. zu berechnen ist, bedarf nunmehr der Entsch. Dabei ist vorweg festzustellen, daß, solange die gerichtlich bewilligte Bewährungsfrist läuft, die Sperrfrist des § 57b — wie die des § 57 — a. a. O. keinesfalls beginnen kann, weil die Voraussetzung dafür, nämlich der Erlaß der Strafe, noch fehlt, der Erlaß, sei es für die ganze Strafe, sei es für einen Restteil davon, vielmehr ausdrücklich für einen späteren Zeitpunkt, nämlich Ablauf der Bewährungsfrist nach Wohlverhalten des Bedachten, vorbehalten ist. Darauf, daß bei dieser Lage für den, welchem wegen guter Führung eine Bewährungsfrist bewilligt ist, für die spätere Erlangung des Wandergewerbescheins Nachteile entstehen gegenüber demjenigen, der seine Strafe sofort zusammenhängend verbüßt und insbes. durch Mangel an Wohlverhalten sich der in Aussicht gestellten endgültigen Begnadigung nicht würdig erwiesen hat, hat bereits der BayVGH. hingewiesen (vgl. GewArch. 13, 636 ff.). Die darin für den bedingt Begnadigten an sich liegende Härte entspricht aber der Rechtslage und wird auch dadurch ausgeglichen, daß die Zubilligung einer Bewährungsfrist für den damit Bedachten eine große Wohltat bedeutet, weil die Strafe an ihm ganz oder zum Teil nicht vollstreckt wird, er sich vielmehr der Freiheit erfreut und seinem Erwerbe oder sonstiger Tätigkeit nachgehen kann. Im übrigen ist davon auszugehen, daß die in den §§ 57, 57b GewO. vorgesehene Sperrfrist den Zweck hat, Personen, die durch gewisse, dort aufgeführte Straftaten die öffentliche Ordnung gestört haben, vom Wandergewerbe, das seiner Art nach zur Begehung dieser Straftaten besondere Gelegenheit bietet, fernzuhalten und erst dann wieder zuzulassen, wenn sie während einer mehrjährigen Probezeit sich einwandfrei geführt haben, so daß von ihnen angenommen werden kann, sie würden sich auch künftig straffrei halten (vgl. GewArch. 9, 284). Die Bewilligung einer Bewährungsfrist für einen strafgerichtlich Verurteilten entspringt denselben Erwägungen. Auch er soll während einer gewissen Frist auf einwandfreie Führung erprobt werden. Daß die *Folge* der günstig beendeten Probezeit auf gewerberechtlichem Gebiet eine andere ist, als auf strafrechtlichem, ändert an der inneren Gleichheit der Maßnahmen auf beiden Gebieten, an der Gleichartigkeit der damit verabfolgten Absichten und ihres Zweckes nichts. Ist daher die Bewährungsfrist günstig für den Bedachten verlaufen und hat letzterer damit gezeigt, daß er während einer gewissen Zeit sich makellos geführt, insbes. von Straftaten der in den §§ 57, 57b a. a. O. genannten Art ferngehalten hat, so ist damit ebenso die Absicht der gewerberechtlichen Sperrfrist erfüllt, diese Sperrfrist also im Umfange der Bewährungsfrist abgelaufen. Ist daher nach Ablauf der Bewährungsfrist die gerichtlich erkannte Strafe erlassen und damit i. S. der §§ 57, 57b a. a. O. verbüßt (OVG. 75, 428), so würde es der Einführung einer weiteren, zweiten, Sperrfrist gleichkommen und deshalb einen Verstoß gegen die Vorschriften der GewO. über die in ihr (§ 57, 57b) festgelegten Sperrfristen bedeuten, wenn man die Bewährungsfrist unberücksichtigt und die gewerberechtliche Sperrfrist erst mit Ablauf der Bewährungsfrist beginnen ließe. Vielmehr zwingt die erörterte Gleichheit des Zweckes beider Fristen zu der Auslegung, daß die in den §§ 57, 57b a. a. O. genannte Verbüßung der Strafe, welcher der endgültige Erlaß der Strafe gleichsteht, im Falle eines solchen späteren Erlasses mit dem Anfange der Bewährungsfrist eingetreten ist.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 2. Dez. 1926, III C 39/26.)

Baden.

Badischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Oberregierungsrat Dr. Klotz, Karlsruhe.

2. RGes. v. 15. Jan. 1920 über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften; § 11 BadVO. v. 30. Mai 1921. **Zulässigkeit einer polizeilichen Verfügung, durch die einer Frauensperson die Beschäftigung als Kellnerin in einer Gemeinde untersagt wird.**

Nach § 11 bad. VO. v. 30. Mai 1921 ist einer weiblichen Person, gegen die Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß sie bei Ausübung ihres Berufs die Vorschriften der Gesundheit, der

Größe der Erbschaft und damit die Höhe der Steuer vermindert, also das Bekanntwerden einer „neuen Tatsache" bestimmter Art, gibt bis zum Ablauf von fünf Jahren seit der Veranlagung einen Anspruch auf Berichtigung des Steuerbescheids. Der RFH. lehnt es hier nun aber ab, diese Bestimmung erweiternd auf den Fall anzuwenden, daß die Verbindlichkeiten an sich bekannt waren, nur nicht ihre Abzugsfähigkeit; diese Ablehnung erscheint angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes begründet.

Prof. Dr. Bühler, Münster i. W.

guten Sitten und des Anstands verletzt, durch das Bezirksamt die Beschäftigung in einer Gast- und Schankwirtschaft zu untersagen. Es ist unbedenklich anzunehmen, daß § 11 das Bezirksamt zum Erlaß eines allg. Beschäftigungsverbots zum wenigsten für eine bestimmte Gemeinde seines Bezirks ermächtigen wollte. Damit hält sich diese Best. aber innerhalb der Grenzen der den Landeszentralbehörden in dem RGes. v. 15. Jan. 1920 (RGBl. 69) erteilten Ermächtigung. Hiernach kann die Landeszentralbehörde nicht nur, wie in § 3 bad. VO. v. 30. Mai 1921 vorgesehen, anordnen, daß dem Wirt die Beschäftigung weiblicher Personen in seiner Wirtschaft unter gewissen Voraussetzungen untersagt wird, vielmehr bleibt es im Rahmen der reichsgesetzlichen Ermächtigung, wenn das Bezirksamt angewiesen wird, weiblichen Personen unmittelbar die Beschäftigung in einer bestimmten Gemeinde zu untersagen. Art. 111 Satz 2 RVerf. ist hierdurch nicht verletzt, weil nach Satz 3 das. das freie Niederlassungsrecht auf Grund eines Reichsgesetzes eingeschränkt werden kann. Gleiches gilt hinsichtlich der in Art. 151 Abs. 3 RVerf. gewährleisteten Freiheit des Handels und des Gewerbes.

(BadVGH., Urt. v. 2. Nov. 1926, Nr. 2588 in BadVerwZ. 1927, 67.)

Hamburg.

Hamburgisches Verwaltungsgericht.

Berichtet von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

3. § 7 Ges. z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927. Beanstandung von Ärzteanzeigen durch das Gesundheitsamt. †)

Das Gesundheitsamt hat eine von verschiedenen Ärzten (biochemische Ärzte für Haut- und Geschlechtsleiden) beabsichtigte Zeitungsanzeige beanstandet. Die Klage gegen das Gesundheitsamt auf Aufhebung des beanstandenden Bescheids ist abgewiesen.

Ein Verbot der Veröffentlichung der Anzeige liegt nicht vor; dazu ist Bekl. auf Grund des HambGes. über das Gesundheitswesen v. 15. März 1920 u. Art. 2 der SenVO. v. 7. Sept. 1927 z. Ausf. d. Ges. v. 18. Febr. 1927 auch gar nicht berechtigt. Das Gesundheitsamt hat vielmehr nur der Meinung Ausdruck gegeben, daß die Anzeige nach dem Ges. v. 18. Febr. 1927 nicht gestattet ist. Solche Ansicht auszusprechen, kann dem Gesundheitsamt in keiner Weise verwehrt sein, und das Gesundheitsamt kann deshalb in dieser Ansicht auch nicht etwa durch eine Entsch. des Verwaltungsgerichts korrigiert werden. Um nichts anderes als eine bloße Meinungsäußerung des Gesundheitsamts handelt es sich ebenfalls, wenn es der Presse gegenüber zu einzelnen Anzeigenaufträgen Stellung nimmt. In keiner Weise wird dadurch die betr. Zeitung gehindert, die Anzeige dennoch zu veröffentlichen. Die Entsch. darüber, ob durch die Veröffentlichung der hier fraglichen Anzeige gegen das Ges. v. 18. Febr. 1927 verstoßen würde, steht allein dem Strafrichter zu. Die Klage ist deshalb unbegründet.

(HambVG., Urt. v. 19. März 1928, 348/27.)

Mitgeteilt von LGDir. Dr. Krüß, Hamburg.

Zu 3. Die Entsch. entspricht dem geltenden Recht. Das Gesundheitsamt kann Zeitungsanzeigen, die den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten zuwiderlaufen, nicht verbieten. Zu seinen Aufgaben gehört aber die Überwachung der Presse nach dieser Richtung und die Veranlassung der Strafverfolgung. Seine Beanstandungen sind als Warnungen aufzufassen.

JR. Dr. Thiersch, Leipzig.

Berichtigungen.

In dem JW. 1928, 1848 abgedruckten Artikel: „Bauer, Ist in Preußen das Wiedereinsetzungsverfahren gemäß § 16 AufwNov. kostenfrei?" ist versehentlich der Schluß fortgelassen worden, der nachstehend zum Abdruck gelangt.

Es bleibt zu prüfen, ob in der Verfügung des JustMin. v. 17. Dez. 1927 eine Abänderung der Kostenverordnung v. 28. Juli 1925, also der Erlaß einer Sonderbestimmung für das Wiedereinsetzungsverfahren, zu erblicken ist. Die Frage ist zu verneinen. Die Verfügung v. 17. Dez. 1927 stellt sich — im Gegensatz zu der in der preuß. Gesetzsammlung veröffentlichten Kostenverordnung — nicht als Rechtsverordnung dar, sondern nur als eine Verwaltungsverordnung. Sie enthält demnach keine die Gerichte bindende Gesetzesvorschrift. Daß dem JustMin. bei dem Erlaß der Verfügung v. 17. Dez. 1927 der Gedanke einer Abänderung der Kostenverordnung fernliegen mußte, ergibt sich übrigens aus einer folgerichtigen Entwickelung des von ihm selbst eingenommenen Rechtsstandpunkts. Denn wenn die Kostenverordnung aus den von ihm angenommenen Rechtsgründen für das Wiedereinsetzungsverfahren unanwendbar ist, dann bedurfte es keiner Abänderung der Kostenverordnung im Hinblick auf das Wiedereinsetzungsverfahren.

In dem Berichte über den Bayerischen Anwaltsverbandstag JW. 1928, 1850 f. muß auf S. 1851 der letzte Satz durch nachstehenden Satz ersetzt werden:

„Großen Beifall löste LGPräs. Burkhardt aus mit der Feststellung, daß zwar die jetzige Zeit durch den Wirtschaftskampf charakterisiert sei, daß aber nur unabhängige Richter die zur Reinheit des Richterspruches erforderliche Objektivität gewährleisten und daß Richter und Anwälte unzertrennliche Schicksalsgenossen seien."

Übersicht der Rechtsprechung.

(Die rechtsstehenden Ziffern bedeuten die Seitenzahlen dieses Heftes.)

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Mieterschutzgesetz.

Aufwertungsgesetz.

Aufwertungsnovelle.

Handelsgesetzbuch.

2. Verfahrensrecht.

Zivilprozeßordnung.

B.

Strafrecht.

1. Materielles Recht.

Strafgesetzbuch.

§§ 263, 246, 73 StGB. Ist Unterschlagung in Tateinheit mit Betrug anzunehmen bei Kreditbetrug unter vorgespiegelter Sicherungsübereignung? RG. . . . . 2235[31]

§§ 263, 284 StGB. Zum Begriff des Glücksspiels. Unter welchen Voraussetzungen können gewerbsmäßiges Glücksspiel und Betrug in einer Handlung zusammentreffen. RG. . . . . 2236[34]

§ 263 StGB.; §§ 104, 114, 116 BGB. Betrug gegenüber einer Schwachsinnigen. RG. . . . . 2235[32]

§ 263 StGB.; § 267 StPO. Betrug durch Angebot angeblich zweckdienlicher Vermittlung trotz des Rechtes, vom Vermittlungsvertrage zurückzutreten. Mangelndes Bewußtsein der Schädigung infolge früherer Freisprechung. RG. . . . . 2286[11]

§§ 266, 246 StGB. Untreue und Unterschlagung des Kommissionärs bei Eigentumsvorbehalt an der Ware und Vereinbarung „sofortiger Ablieferung des Erlöses“. RG. . . . . 2233[30]

§ 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Kredit kann ein Vermögensstück dessen sein, dem es bewilligt ist, nicht aber des Kreditgebers. Untreue eines Bankbeamten durch Kreditgeben namens der Bank. Unrichtige Buchungen ohne ihnen zugrunde liegende Abmachungen der Beteiligten erfüllen nicht den Tatbestand der Untreue. RG. . . . . 2257[57]

§ 266 StGB. Prokuristen eines Bankgeschäfts als „Bevollmächtigte“ seiner Kunden. RG. . . . . 2238[35]

§ 284 StGB. Die Entsch. darüber, ob das Spiel „Ecarté mit Chouette“ als Glücksspiel zu beurteilen ist, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab, unter denen das Spiel stattfindet. Aus dem Umstand, daß der Trumpfkönig nicht besonders bewertet wird, daß die Mehrzahl der Hauptspieler und der Mitglieder der Ponte im Ecarté geübt und erfahren sind und daß die Mitglieder der Ponte das Spiel des Pointeurs genau beobachten können, ihn ständig beraten und einen wesentlichen Einfluß auf sein Spiel haben, kann der Schluß gezogen werden, daß die Entsch. über Gewinn und Verlust in der Hauptsache von der Geschicklichkeit der Beteiligten, nicht vom Zufall abhängt. RG. 2240[36]

§ 284 StGB. Die Entsch. darüber, ob ein Spiel mit einem sogenannten Bajazzoapparat als Glücksspiel zu beurteilen ist, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab, unter denen das Spiel stattfindet, insbesondere von der Beschaffenheit des Apparates und von den Eigenschaften des Durchschnitts der zum Spielen zugelassenen Personen. RG. . . . . 2240[37]

§ 284 StGB. Begriff des Glücksspiels. „Hubertus“-Fuchsjagd-Schießautomat als Glücksspiel. RG. . . . . 2241[38]

§ 284b StGB. Das in einem „Bajazzoapparat“ befindliche Geld kann eingezogen werden. RG. . . . . 2241[39]

§ 348 StGB. Die Gesprächsblätter im Fernsprechdienste der Postverwaltung sind öffentliche Urkunden. RG. . . . . .2241[39a]

§ 351 StGB. OLG. Jena . . . . 2286[12]

§ 356 StGB. Begriff „dieselbe Rechtssache“. Bezüglich des subjektiven Tatbestandes ist davon auszugehen, daß das Merkmal „dieselbe Rechtssache“ ein strafrechtlicher Begriff, das Merkmal der „Pflichtwidrigkeit“ ein außerstrafrechtlicher Begriff ist: die sich hieraus für den subjektiven Tatbestand ergebenden Folgerungen. RG. 2242[40]

§ 361 Nr. 6 StGB. n. F. Sittenpolizeiübertretung. OLG. Hamburg . . . . 2285[8]

§ 361 Nr. 6a StGB. Begriff des Unzuchttreibens zu Erwerbszwecken. OLG. Hamburg . . . . 2285[9]

§ 367 Nr. 1 StGB. Dürfen in einem Krankenhause Teile der Leiche eines Verstorbenen beseitigt werden? OLG. Hamburg . 2285[10]

Notgesetz vom 24. Februar 1923.

Art. I §§ 2, 4 NotGes. v. 24. Febr. 1923 (RGBl. 147); § 365 StGB. Wenn eine Landesregierung, so die sächsische, es unterlassen hat, auf Grund von Art. I § 2 Notges. alsbald besondere Bestimmungen zu treffen, später aber — unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Notges. und auf ältere landesrechtliche Vorschriften — über die Polizeistunde diese auf bestimmte Räume ausdehnende Bestimmungen erlassen hat, so sind mindestens von diesem Zeitpunkt ab die früheren die Polizeistunde regelnden Vorschriften als auf Grund des Notges. erlassen zu erachten.

Durch Art. I §§ 2, 4 Notges. und die auf Grund von Art. I § 2 erlassenen Bestimmungen der obersten Landesbehörde ist während der Dauer ihrer Geltung § 365 StGB. ersetzt, also unanwendbar geworden. Während dieses Rechtszustandes ist zur Bestrafung der Gäste nicht erforderlich, daß sie zunächst zum Gehen aufgefordert worden sind.

Die Strafbarkeit von Mitgliedern geschlossener Gesellschaften, die im eigenen Grundstück oder in einem ermieteten, mit einem schankwirtschaftlichen Betrieb verbundenen Raum über die Polizeistunde hinaus verweilen, hängt nicht davon ab, daß der schankwirtschaftliche Betrieb nach Eintritt der Polizeistunde noch ausgeübt wird.

Der jeweilig in Frage kommende gast- oder schankwirtschaftliche Betrieb braucht nicht durch den Inhaber der betreffenden Räume zu geschehen.

Der Aufruf der Volksbeauftragten v. 12. Nov. 1918 (Ziff. 2) und Art. 123 RVerf. stehen einer Bestrafung wegen Übertretung der Polizeistunde nicht entgegen. OLG. Dresden . . . . 2282[6]

Militärstrafgesetzbuch.

§§ 91, 92 MilStGB.; Art. III Ges. zur Vereinfachung des Militärstrafrechts v. 30. April 1926. Durch die Ausscheidung der Fälle der einfachen Beleidigung eines Vorgesetzten und des einfachen Ungehorsams aus dem MilStG. sind diese Fälle der bloßen Disziplinarbestrafung überlassen. Durch solche wird kein Verbrauch der Strafklage mehr herbeigeführt. OLG. Dresden . . . . 2281[5]

Gesetz zum Schutze der Republik.

§ 8 RepSchG. Für die Anwendung der Vorschriften des § 8 RepSchG. genügt bedingter Vorsatz. RG. . . . . 2243[41]

§ 8 Nr. 2 RepSchG. Beschimpfung der Reichsfarben durch den Ausruf „Mostrich“. RG. . . . . 2244[42]

Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten.

§ 7 Ges. z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927. Beanstandung von Ärzteanzeigen durch das Gesundheitsamt. Hamb. VG. . . . . 2300[3]

Preistreibereiverordnung.

§ 3 PreisTrVO. Grundlagen der Berechnung eines übermäßigen Gewinns. RG. . . . . 2212[9]

Verordnung über den Waffenbesitz vom 13. Juni 1919.

§ 3 Abs. 1 ReichsVO. über Waffenbesitz v. 13. Juni 1919. Der Besitz einer nach Ablauf der festgesetzten Ablieferungsfrist erworbenen Schußwaffe ist nicht strafbar. BayObLG. . . . . 2276[3]

Impfgesetz.

§§ 10, 12, 14 ImpfG. v. 8. April 1874. Dem amtlichen Erfordern mittels der vorgeschriebenen Bescheinigungen (§ 10) den Nachweis zu führen, daß die Impfung des Kindes erfolgt oder aus einem gesetzlichen Grunde unterblieben ist, kann nur durch Vorlage des Impf- oder Impfbefreiungsscheins genügt werden. KG. . . . . 2280[3]

2. Verfahrensrecht.

Gerichtsverfassungsgesetz.

§§ 51, 84 GVG.; §§ 338 Nr. 1, 274 StPO. Die Beeidigung der Laienrichter muß in der Form der Einzelbeeidigung erfolgen. Die Verletzung dieser Vorschrift stellt einen absoluten Revisionsgrund dar. Die Niederschrift aus dem Generalakt über die Beeidigung der Schöffen und Geschworenen hat nicht die Beweiskraft der Protokolle i. S. des § 274 StPO. RG. . . . . 2272[72]

§§ 86, 84 GVG.

1. Ein an der Mitwirkung bei der Tagung, für die er einberufen ist, verhinderter Geschworener ist nicht um deswillen zu einer späteren Tagung heranzuziehen.

2. Die Einberufung eines Hilfsgeschworenen gilt nur für die bestimmte Sitzung, bei der der Hauptgeschworene verhindert ist. RG. 2273[73]

Strafprozeßordnung.

§ 52 StPO. Wenn in einem Strafverfahren wegen Meineids und wegen Anstiftung zu diesem Meineid ein Zeuge zum Meineidigen in einem Verhältnis steht, das ihn nach § 52 StPO. zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, so kann er das Zeugnis auch mit Beziehung auf den Anstifter verweigern. Es handelt sich hierbei nicht um sachlich voneinander unabhängige Straffälle. RG. . . . . 2247[44]

§§ 151—157 StPO. Ein Verbrauch der Strafklage ist nicht gegeben durch rechtskräftige Aburteilung einer Einzelhandlung als einer selbständigen hinsichtlich einer Fortsetzungstat. Bei dieser muß die abgeurteilte Einzelhandlung außer Betracht bleiben. RG. . . . 2247[45]

§ 158 StPO. Eine schriftliche Erklärung kann auch unter Benutzung eines mechanischen Vervielfältigungsmittels abgegeben werden. RG. . . . . 2248[46]

§ 172 StPO. Der Vater eines durch Körperverletzung getöteten Schulknabens ist nicht Verletzter i. S. § 172 StPO. OLG Breslau 2290[19]

§ 172 StPO. Als Verletzter kommt nur der unmittelbar Beteiligte in Betracht, nicht aber der Gesamtrechtsnachfolger. KG. 2287[14]

§§ 197 ff., 201 ff. StPO. a. F.

1. Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß sind Urteilsvoraussetzungen; bei ihrem gleichzeitigen Fehlen keine sachliche Entscheidung zulässig. Verzicht des Angeklagten auf Beobachtung dieser Vorschriften nicht rechtswirksam. RG. . . . . 2262[61]

§§ 204, 211 StPO. Wenn durch Beschluß gemäß § 204 StPO. bei Einheit der Handlung die Strafverfolgung unter Beschränkung auf bestimmte, tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte abgelehnt worden ist, so wird die Strafklage nicht verbraucht. Das gilt nicht für den Fall, in dem unter solcher falschen Spaltung die Strafverfolgung durch Urteil abgelehnt worden ist. RG. . . . . . 2248[47]

§ 217 StPO. Die Ladungsfrist ist nicht nur bei der Vorverlegung auf einen früheren Tag, sondern auch bei der Verlegung auf eine frühere Stunde desselben Tages einzuhalten. RG. . . . . . 2250[48]

§ 222 Abs. 2 StPO. Nichtmitteilung der Ladung neuer Zeugen an den Angeklagten kann Revisionsgrund sein. OLG. Hamburg. 2292[24]

§ 223 StPO. Die Annahme, daß die Verhandlung lediglich unterbrochen worden ist, wird nicht dadurch widerlegt, daß in dem Termin, bis zu dem die Verhandlung ausgesetzt worden ist, ohne nochmalige Anhörung der Prozeßbeteiligten zur Urteilsverkündung geschritten worden ist. RG. . . . . 2251[49]

§§ 244, 338 Nr. 8 StPO. Nur eine von vornherein feststehende völlige Nutzlosigkeit der Beweiserhebung kann die Vernehmung eines benannten Zeugen zu einem ungeeigneten Beweismittel machen. RG. 2251[50]

§ 244 StPO.; § 163 StGB. Der Antrag, bestimmte Ärzte über einen Krankheitsverlauf zu vernehmen, um dadurch den zugezogenen Sachverständigen einen besseren Einblick in die geistige Beschaffenheit des Angekl. zu gewähren, ist Zeugenbeweisantrag. Geht das Urteil davon aus, daß der Angekl. bei seiner eidlichen Vernehmung in Verwirrung gebracht ist, so bedarf die Annahme, daß er die nötige Ruhe gehabt habe, um zu erkennen, daß er eine Überlegungsfrist erbitten dürfe, besonderer Begründung. RG. . . . . 2254[54]

§ 244 StPO. Die Nichtbeachtung einer vor der Hauptverhandlung zugesagten Wahrunterstellung gibt dem Angekl. keine Revisionsrüge. RG.. . . . . 2253[53]

§ 244 StPO. Beachtlichkeit eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen darüber, daß ein anderer Zeuge „verlogen“ sei. RG.. . . . . 2252[52]

§ 244 StPO. Unzulängliche Prüfung der (bejahten) Frage, ob ein bestimmtes Beweismittel ungeeignet sei. RG. . . . . 2255[54a]

§ 253 StPO. Erschwerung des Erscheinens wegen großer Entfernung gibt es auch innerhalb des Gerichtsbezirks. RG.. . . 2257[55]

§ 260 StPO. Zulässigkeit der Aufrechterhaltung einer Gesamtstrafe trotz Wegfalls einer ihrer Bildung zugrunde gelegten Einzelstrafe. RG. . . . . 2257[56]

§§ 264, 332 StPO. Umgestaltung der Strafklage in der Berufungsinstanz. RG. . . . . 2257[57]

§ 265 StPO. 1. Unschädliche Unterlassung des Hinweises auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes. 2. Genügender Hinweis durch Feststellung des Vorsitzenden, daß vom Nebenkläger wegen Nichtanwendung des veränderten rechtlichen Gesichtspunktes Berufung eingelegt sei. RG. . . . . 2259[59]

§ 265 Abs. 1 u. 2 StPO. Die Bestimmungen des § 265 Abs. 1 und 2 StPO. beziehen sich nicht auf eine lediglich in tatsächlicher Beziehung abweichende Würdigung des dem Eröffnungsbeschluß zugrundeliegenden Sachverhalts. RG.. . . . . 2259[58]

§ 266 Abs. 2 StPO. Auf die Einhaltung der Vorschrift des § 266 Abs. 2 StPO. kann der Angeklagte nicht rechtswirksam verzichten. Bei der Frage, ob das Urteil auf dem Verstoß beruht, ist zu prüfen, ob ein unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften ordnungsgemäß durchgeführtes Verfahren mutmaßlich zu demselben Ergebnis geführt haben würde. Widersprechen sich Eröffnungsbeschluß und Außerverfolgungssetzungsbeschluß, so liegt kein rechtswirksamer Eröffnungsbeschluß vor. Die Frage des Beruhens des Urteils auf dem Verstoß ist zu bejahen, wenn dem Angeklagten der Mangel des Eröffnungsbeschlusses nicht bekannt war. RG. . . . . 2260[60]

§ 267 StPO. Auch ohne Rüge der Verletzung des § 267 StPO. unterliegt auf die allgemeine Rüge der Verletzung des materiellen Rechts das Urteil der Aufhebung, wenn trotz richtiger Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in der Schlußfeststellung der Verdacht besteht, daß ein wesentlicher Gesichtspunkt nicht geprüft worden ist. RG. 2265[63]

§ 267 StPO. Verwerfung der Rüge aus § 267 StPO., obwohl das angefochtene Urteil (hinsichtlich der von dem Angekl. bestrittenen Rädelsführerschaft) lediglich die Überführung des Angekl. gemäß dem Ergebnisse der Voruntersuchung feststellte. RG. . . . . . . 2264[62]

§ 267 StPO. Bei Tateinheit kann nicht aus einem rechtlichen Gesichtspunkt Verurteilung, aus einem anderen Freisprechung erfolgen. RG.. . . . . 2265[64]

§ 268 StPO. 1. Ein versehentlich nicht verkündeter Teil eines Urteils kann nicht durch Ergänzungsurteil nachträglich verkündet werden. 2. Ergänzung eines unvollständig verkündeten Berufungsurteils durch das Revisionsgericht zu ungunsten des Angekl., der (Berufung und) Revision eingelegt hatte. RG.. . . . . 2265[65]

§§ 268, 275 StPO. Eine erst nach der Beratung und Urteilsverkündung angestellte Erwägung in der Urteilsbegründung ist unbeachtlich. RG.. 2270[69]

§ 274 StPO. Unklarheiten des Protokolls, die sich aus dem Nichtdurchstreichen eines Vordrucks ergeben, nehmen dem Protokoll die Beweiskraft. Heranziehung der dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden und Protokollführers zur Feststellung des fraglichen Vorgangs. RG.. . . . . 2252[51]

§§ 274, 303 StPO. Spricht sich das Sitzungsprotokoll über eine etwa vom Staatsanwalt erklärte Zustimmung zu der Berufungsrücknahme des Angeklagten nicht aus, so ist der Mangel der Zustimmung auch dann anzunehmen, wenn sich die beteiligten Richter zu den Akten im gegenteiligen Sinne — und zwar nicht in der Form eines Protokollberichtigungsbeschlusses — geäußert haben. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels bedarf auch dann der Zustimmung des Gegners, wenn sie nach Vertagung der Hauptverhandlung erklärt worden ist. OLG. Dresden . . . . 2290[20]

§ 275 Abs. 1 StPO. Die Verletzung der Vorschrift des § 275 Abs. 1 StPO., nach der das Urteil mit den Gründen binnen einer Woche nach Verkündung zu den Akten zu bringen ist, ist nicht revisibel. RG.. . . . . 2268[66]

§§ 298 Abs. 1, 44 StPO.; § 30 JGG. Der gesetzliche Vertreter eines Beschuldigten kann binnen der für diesen laufenden Frist selbständig, unabhängig von dessen Willen, von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch machen. Versäumt er bei der Ausübung dieses eigenen persönlichen Rechts auf Betreibung der Rechtsmittel eine Frist, so kann er, wie jeder andere Prozeßbeteiligte, falls die gesetzlichen Voraussetzungen des § 44 StPO. gegeben sind, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist begehren. Der gesetzliche Vertreter hat nach dem Jugendgerichtsgesetz keinen Anspruch darauf, daß er von Entscheidungen amtlich Kenntnis erhält. BayObLG. . . . . 2278[6]

§§ 303, 274 StPO. Spricht sich das Sitzungsprotokoll über eine etwa vom Staatsanwalt erklärte Zustimmung zu der Berufungsrücknahme des Angeklagten nicht aus, so ist der Mangel der Zustimmung auch dann anzunehmen, wenn sich die beteiligten Richter zu den Akten im gegenteiligen Sinne — und zwar nicht in der Form eines Protokollberichtigungsbeschlusses — geäußert haben. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels bedarf auch dann der Zustimmung des Gegners, wenn sie nach Vertagung der Hauptverhandlung erklärt worden ist. OLG. Dresden . . . . 2290[20]

§§ 318, 327 StPO. Teilweise Rechtskraft. Nachprüfung des Prozeßhindernisses der teilweisen Rechtskraft auf sachlich-rechtliche Beschwerde. Zweifelsfreiheit des Willens, das Rechtsmittel zu beschränken. RG. . . . . 2269[67]

§ 318 StPO. Eine Beschränkung der Berufung in der Weise, daß die tatsächlichen Feststellungen unangefochten bleiben und nur die rechtliche Würdigung bemängelt wird, ist unzulässig. RG.. . . 2270[68]

§ 318 StPO. Eine Beschränkung des Rechtsmittels darf nur dann angenommen werden, wenn als Willensmeinung des Beschwerdeführers zweifelsfrei zum Ausdruck gelangt ist, das Urteil solle nur in einer bestimmten, selbständiger Anfechtung zugänglichen Richtung angefochten, im übrigen aber sein Inhalt als endgültig maßgebend anerkannt und daher insofern auf Rechtsmitteleinlegung verzichtet werden Nach § 318 StPO. kann die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden; ist dies nicht geschehen, so gilt der ganze Inhalt des Urt. als angefochten. Danach gilt die bloße Möglichkeit, eine Erklärung des Beschwerdeführers als Beschränkung aufzufassen, noch nicht als Beschränkung, es ist vielmehr verlangt, daß die Erklärung bestimmt und ohne Zweifel eine Beschränkung ausspricht. Aus der Erklärung eines Angekl., daß er Berufung auch deshalb einlege, weil ihm die Strafe zu hoch sei, kann, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen, die dargetan werden müssen, eine solche Berufungsbeschränkung nicht abgeleitet werden. BayObLG.. .. 2278[7]

§§ 325, 338 Ziff. 8 StPO. sind auch auf vom Privatkläger gestellte Anträge auf Ladung von Zeugen anwendbar. OLG. Königsberg 2293[27]

§ 329 StPO. 1. Rechtzeitigkeit der Entschuldigung des in der Hauptverhandlung ausbleibenden Angeklagten. 2. Hat das BG. die Prüfung der Zulänglichkeit der Entschuldigung unterlassen, so kann darüber nicht das Revisionsgericht entscheiden, weil die Folge unentschuldigten Ausbleibens vom Gesetze nicht eindeutig bestimmt ist. RG. . . . . 2271[69a]

§ 329 StPO. Haben StA. und Angekl. Berufung eingelegt, so kann das BG. die Berufung des nicht erschienenen Angekl. sofort verwerfen, ohne zugleich über die Berufung der StA. zu entscheiden. KG. . . . . 2288[15]

§ 329 StPO. Hat das LG. gemäß § 329 StPO. gegen den Angeklagten entschieden, so ist es nicht für den Wiederaufnahmeantrag des Angeklagten zuständig. Hat das LG. trotzdem über einen solchen Antrag befunden, so hat das mit der Beschwerde gegen die Antragsverwerfung befaßte Oberlandesgericht keine Veranlassung, den landgerichtlichen Beschluß wegen Unzuständigkeit aufzuheben und die Sache an das zuständige Amtsgericht zu verweisen. OLG. Dresden 2290[21]

§ 331 StPO. Reformatio in pejus. Wegfall der bedingten Strafaussetzung berührt nicht die Straffestsetzung als solche. RG. . . 2272[70]

§ 331 StPO. Nimmt die Strafkammer an Stelle der vom SchöffG. angenommenen selbständigen Straftaten Fortsetzungszusammenhang an, so ist sie nur bezüglich der vom SchöffG. festgestellten Gesamtstrafe durch das Verbot der reformatio in pejus gebunden. RG. . . 2272[71]

§ 338 Nr. 1, 274 StPO.; §§ 51, 84 GVG. Die Beeidigung der Laienrichter muß in der Form der Einzelbeeidigung erfolgen. Die Verletzung dieser Vorschrift stellt einen absoluten Revisionsgrund dar. Die Niederschrift aus dem Generalakt über die Beeidigung der Schöffen und Geschworenen hat nicht die Beweiskraft der Protokolle i. S. des § 274 StPO. RG.. 2272[72]

§ 344 StPO. Die Rechtshängigkeit der Sache in einem andern Verfahren hat das RevG. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Rüge zu berücksichtigen. KG. . . . . 2288[16]

§ 357 StPO. Für die Erstreckung der Aufhebung des Urteils auf Mitangeklagte gem. § 357 StPO. wird nicht erfordert, daß der Mitangeklagte aus demselben Strafgesetze verurteilt worden ist. Es genügt regelmäßig ein Zusammenhang der Taten beider i. S. § 3 StPO. RG. . . . . 2265[63]

§§ 370, 373, 329 StPO. Hat das LG. gemäß § 329 StPO. gegen den Angeklagten entschieden, so ist es nicht für den Wiederaufnahmeantrag des Angeklagten zuständig. Hat das LG. trotzdem über einen solchen Antrag befunden, so hat das mit der Beschwerde gegen die Antragsverwerfung befaßte Oberlandesgericht keine Veranlassung, den landgerichtlichen Beschluß wegen Unzuständigkeit aufzuheben und die Sache an das zuständige Amtsgericht zu verweisen. OLG. Dresden 2290[21]

§ 371 Abs. 2 StPO. Das Verfahren nach § 371 Abs. 2 StPO. ist außergewöhnlich im ganzen sonstigen Verfahrensrechte. Deshalb ist von dieser Befugnis nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen, wenn die Beweislage zweifellos zur völligen Freisprechung führen muß. Nur dann ist die abermalige mündliche Verhandlung überflüssig (Löwe, § 371 StPO. Anm. 3). OLG. Jena . . . . 2293[26]

§ 380 StPO. Der Mangel des Sühneversuchs wird durch den Eröffnungsbeschluß geheilt. OLG. Düsseldorf . . . . 2291[23]

§ 381 StPO. Die Bezugnahme auf den Inhalt eines anderen Schriftstücks ist bei der Privatklage nicht grundsätzlich ausgeschlossen. BayObLG. . . . . 2278[8]

§ 391 Abs. 2 StPO. Das Ausbleiben des Privatklägers in einem nur zur Urteilsverkündung angesetzten Termin ist nicht ohne weiteres als Zurücknahme der Privatklage anzusehen. OLG. Hamburg 2292[25]

§ 396 StPO. Das Gericht hat über die Anschlußberechtigung des Nebenklägers nur auf Grund der z. Z. der Anschlußerklärung vorliegenden Tatsachen und Behauptungen zu entscheiden. KG. 2288[17]

§ 412 StPO. War im ersten Rechtsgang gegen den ausgebliebenen Angklagten gemäß § 412 StPO. verfahren worden, so hat sich auf die Berufung des Angeklagten hin, auch wenn dieser erscheint, das Berufungsgericht nur mit der Nachprüfung des ersten Urteils aus dem Gesichtspunkt des § 412 StPO. zu befassen, kann aber nicht zur Sache verhandeln. OLG. Dresden . . . . 2291[22]

§ 413 StPO. Mängel der polizeilichen Strafverfügung beeinträchtigen nicht das an sich zulässig gewesene Verfahren. OLG. Breslau . . . . 2288[18]

§§ 465, 473 StPO. Die gesetzliche Folge der Verurteilung des Angekl. zur Strafe ist seine Verpflichtung zur Tragung sämtlicher Kosten des Verfahrens, mag dies bei der Verurteilung ausdrücklich ausgesprochen sein oder nicht. Er hat auch solche Mehrkosten zu tragen, die durch unzutreffende Beurteilung seitens eines Instanzgerichts herbeigeführt worden sind. OLG. Stuttgart . . . . 2294[28]

§§ 471 Abs. 5 S. 2 StPO.; § 91 Abs. 2 S. 1 ZPO. Bei Tateinheit zwischen Religionsvergehen und Beleidigung und Nebenklage wegen letzterer ist für die Frage, ob ein Bedürfnis zur Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts als Vertreter des Nebenklägers bestand, nur das dem Angeklagten zur Last gelegte Vergehen der Beleidigung in Betracht zu ziehen, das für die Nebenklage allein in Betracht kommt. BayObLG. . . . . 2278[9]

Verordnung über die beschleunigte Aburteilung von Straftaten vom 17. Dezember 1923.

Zur Anwendung der Verordnung des Reichspräsidenten über die beschleunigte Aburteilung von Straftaten v. 17. Dez. 1923. RG. 2262[61]

Jugendgerichtsgesetz.

§ 30 JugGG. Der gesetzl. Vertreter hat nach dem Jugendgerichtsgesetz keinen Anspruch darauf, daß er von Entscheidungen amtlich Kenntnis erhält. BayObLG.. . . . . 2278[6]

Preuß. Verordnung über Gewährung von Straffreiheit vom 21. August 1925.

Handeln aus „Gewinnsucht“ i. S. § 4 Ziff. 2 der preuß. VO über die Gewährung von Straffreiheit v. 21. Aug. 1925. RG. 2244[43]

C.

Steuerrecht.

Erbschaftssteuergesetz.

§ 36 ErbschStG. 1925. Waren einem Erbschaftssteuerpflichtigen Verbindlichkeiten vor Erlaß des Steuerbescheids bekannt, hat er aber in Unkenntnis über die Abzugsfähigkeit deren rechtzeitige Anmeldung unterlassen, so hat er keinen Anspruch auf Berichtigung des Steuerbescheids i. S. § 36 ErbschStG. RFH. . . . . 2298[1]

Branntweinmonopolgesetz.

§ 120 Nr. 2 BranntwMonG. Zum Vermutungstatbestande des § 120 Nr. 2 BranntwMonG. BayObLG. . . . . 2277[5]

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

Reichsverfassung.

Art. 18 RVerf. Legitimation politischer Parteien zur Klageerhebung vor dem Staatsgerichtshof. StGH. f. d. Deutsche Reich 2273[1]

Art. 131 RVerf.; § 839 BGB.; §§ 1, 4a Preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 / 14. Mai 1914. Verletzung von Schulkindern bei den Reichsjugendwettkämpfen infolge mangelnder Vorsicht des Lehrers verpflichtet den Staat zum Schadensersatz. RG. . . . . 2211[7]

Disziplinarrecht.

Amtsunterschlagung ist disziplinarisch grundsätzlich mit Dienstentlassung zu ahnden. Von diesem Grundsatz kann im Einzelfall ausnahmsweise abgegangen werden. RDisplH. 2274

Betriebsrätegesetz.

§ 39 BetrRG. Begriff der gröblichen Pflichtverletzung. RArbG. . . . . 2297[1]

§ 97 BetrRG.; § 86 ArbGG. Im Rechtsbeschwerdeverfahren kann nicht nachgeprüft werden, ob dem ArbG. in Anwendung seines Ermessens bei Versagung der Zustimmung zur Entlassung eines Betriebsvertretungsmitgliedes ein Fehlgriff unterlaufen ist. RArbG. 2298[2]

Gewerbeordnung.

§§ 41a, 105e Abs. 1 Nr. 1 GewO. a) Unter offene Verkaufsstelle i. S. § 41a GewO. ist jede allgemein zu Kaufzwecken zugängliche Stelle zu verstehen, von der aus ein Handel- oder Gewerbetreibender in Ausübung eines stehenden Gewerbes seine Waren zu verkaufen pflegt (Landmann-Rohmer, 8. Aufl., Anm. 2d zu § 41a; BayObLGSt. 1, 4; 5, 389; 6, 317; 11, 397). b) Unter einem Notfalle i. S. § 105e Abs. 1 Nr. 1 GewO. ist ein unvorhergesehenes widriges Ereignis zu verstehen, dem der Betroffene nicht vorbeugen und das er bei seinen geschäftlichen Maßnahmen nicht von vornherein berücksichtigen kann BayObLG. . . . . 2276[4]

§ 57d Ziff. 2 GewO. Die in § 57d Ziff. 2 GewO. für die Erteilung eines Wandergewerbescheines vorgesehene Sperrfrist von fünf Jahren beginnt, wenn nach Verbüßung eines Teiles der Strafe Bewährungsfrist bewilligt und nach deren Ablauf die Reststrafe erlassen ist, mit dem Anfang der Bewährungsfrist. PrOVG. . . . . 2299[1]

Gesetz über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften.

RGes. v. 15. Jan. 1920 über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften; § 11 BadVO. v. 30. Mai 1921. Zulässigkeit einer polizeilichen Verfügung, durch die einer Frauensperson die Beschäftigung als Kellnerin in einer Gemeinde untersagt wird. BadVGH. 2299[2]

Angestelltenversicherungsgesetz.

§ 65 AVG. Der Begriff „Häusliche Gemeinschaft“ i. S. § 65 AVG. setzt im allgemeinen ein räumliches Zusammenleben, d. h. einen gemeinsamen Hausstand mit einer familienähnlichen gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung in Räumen voraus, die von den unter sich verwandten Mitgliedern des Hausstandes geteilt werden. RVA. . . . . 2299[1]

§ 201 AVG. Zur Rechtsnatur von Zwangsstrafen. RVA. 2299[2]

§ 249 AVG. Form des Bescheides über Leistungen. RVA. 2299[3]

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Nollendorf 6330.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.